

明治前期の雇傭法

服 藤 弘 司

目 次

- 一 は し が き
- 二 雇傭契約の種類
- 三 契約当事者の名称
- 四 雇傭契約の成立
 - (I) 形式的要件
 - (II) 実質的要件
- 五 雇傭契約の効力
- 六 雇傭契約の終了
 - (I) 私法的効力
 - (II) 公法的効力
- 七 雇傭契約の終了の原因
 - (I) 終了の手續
 - (II) 終了の効果
 - (III) 終了の効果
- 七 雇傭契約の効力

一 は し が き

一 本稿は、慶応三年の太政奉還より、明治三十一年明治民法施行にいたる期間（明治前期）の、雇傭法を研究せんとするものである。

徳川時代の雇傭法については、周知の如く、金田平一郎博士の「徳川時代に於ける雇傭法の研究」⁽¹⁾なる優れた業績を始め、諸学者により、既に早くより数多くの詳細・精緻な論稿が発表されている。⁽²⁾しかし、明治前期の雇傭法については、纔かに概説書等において簡単に触れられているのみで、⁽³⁾未だ本格的な研究は見られない。本稿では金田博士の前記論文に導かれつつ、⁽⁴⁾明治前期において雇傭法が如何なる展開を示したかを検討する。

(1) 『国家学会雑誌』第四一巻七・八・九・一〇号所収。

(2) 新法律学演習講座「日本法制史」所収「二四 奉公人」の項所掲参考文献。その他、藤田五郎・秀村達三・大竹秀男諸氏の論稿参照。

(3) 中川善之助「私法史」(現代文明史第五巻「法律史」所収)一三三頁以下、牧健二「日本法制史概論」(完成版)五一二頁、岩田新「日本民法史」一〇四頁、石井良助「日本法制史概要」二二三・四頁、同編「明治文化史」2「法制編」五九二頁等参照。

(4) 従って、以下、本稿では屢々徳川時代の雇傭法について述べるが、それは總て前掲金田博士の論証に拠った故、原則として註記しない。

二 明治前期において、雇傭契約として採上げなければならないものに、高級労務供給契約・普通労務供給契約・身売の労務供給契約の三者が存するが、本稿で取扱わんとするのは、普通労務供給契約のみであり、なおその中でも、継続的な労務供給契約のみに限定することにする。

「旧民法」は、雇傭契約と習業契約とを截然区別しているが、私が本稿で考察せんとする継続的な普通労務供給契約は、これら兩者のうち、前者の大半と、後者とを含むものである。

(5) 高級労務供給契約とは、本来、雇傭者と医師・弁護士・学芸教師等との間に、取結ばれる労務供給契約である。かかる労務は、元來委任の目的となるも、雇傭の目的とはならずとされ、委任と雇傭とは、労務の性質によって区別すべき別個の制度として発達した。即ち、ローマ法・独逸普通法・「旧民法」等、何れも下級の労務のみを雇傭の目的となし、高級労務はこれを委任の目的とのみなり得るものと考へたことより考察すれば、かかる高級労務供給契約は、寧ろ委任の中に入るべきであらうが、近代法はかかる区別を認めず、總てこれ等を雇傭の概念の中に包含しており、現行民法も又、これを雇傭契約として取扱っている故、私も又これを雇傭の中に包含せしめることにした。

なお、明治前期において問題となる高級労務供給契約は、外国人傭入契約であり、外国人の有する知識・技術、即ち、高級労務を目的とするものである。

次に、普通労務供給契約であるが、これは高級労務供給契約、並びに、次に述べる身売の労務供給契約を除く、通常の雇傭契約を指すのである。

身売の労務供給契約とは、娼妓・芸妓・飯盛・茶立等の年季奉公契約で、明治五年の人身売買禁止令(註(14)参照)により、

一切解放せられたものである。これ等は前時代において、多くの場合人身売買の形式をもって取結ばれた契約であり（中田薫「徳川時代に於ける人売及人質契約」・「徳川時代に於ける人売及人質契約補考」（何れも「法制史論集」第三卷所収）参照）、或いは厳密な意味においては、雇傭契約と称することが出来ないかも知れないが、それはなお、法律上の形式においては雇傭契約として取扱われていた故（中田前掲論文、及び「徳川時代の文学に見えたる私法」一五頁、金田前掲「徳川時代に於ける雇傭法の研究」（第四一巻七号一三三頁）、滝川政次郎「売笑法制史論」（「日本法制史研究」所収）七三二頁等参照）、これをも又、明治前期における雇傭契約の一種として研究することにする。しかし、これ等は前掲明治五年の布告が発せられて以後は、独立の營業者と認められることになり、雇傭概念から自ら除外されることになる。

(6) 明治前期の普通勞務供給契約は、徳川時代の雇傭契約と同様、これを継続的勞務供給契約と非継続的勞務供給契約の二者に大別することが出来る。即ち、前者は、長期間の雇傭契約であり、後述の如く（七頁参照）、弟子奉公契約と平常奉公契約がこれに含まれるに對し、後者は、短期間の雇傭契約であり、日雇契約・職人契約がこれに含まれる。そして、これが區別の標準となるものは、前者の被傭者はこれを奉公人、或いは雇人等と稱し、雇傭者との間に身分的な關係が存し、單なる債權法上の關係のみをもってしては、解決し得ない關係に立っていたに對し、後者は一カ月以下の雇傭期間を原則とし、ほぼ典型的な債權契約であったという点である。

(7) 「旧民法」は、フランス民法と同様、雇傭を勞力の貸貸と見た。故に嚴密な意味において、勞力の交換たる營業契約（財産取得編第二百六十七條以下）はこれを雇傭契約（同上第二百六十條以下）と區別せざるを得ず、それが規定においても、兩者の區別が行われていた。

(8) 本稿で述べんとする継続的普通勞務供給契約は、「旧民法」で雇傭契約として掲げられているもののうち、職工その他の日傭労働者を除外したものである（註(6)参照）。

三 明治前期において、民法編纂事業は、既に三年江藤新平主導の下に開始されたが、勿論かかる大事業が、短時に完成されることは望み得ず、この方面における立法作業は、取敢えず太政官布告・達、その他の形式をとって、事項別的な法令を生み出すことによって行われた。

かくして発せられた法令は、八年・九年・十年の三回に亘って刊行された「法例彙纂」に収められたが、勿論これに民法法源總てが含まれていたわけではない。「法例彙纂」の例言第七則に、「國ノ民法固リ此編ニテ備レリトセス、

其漏タルハ旧典ニ存シ、旧幕ノ法ニ存シ、各県ノ法ニ存シ、或ハ民間ノ習慣ト約束トニ存ス、此番ニ条例ナキヲ以テ法ナシと謂フヘカラサルコト、人固ヨリ之ヲ知ラン」とあるところより、この間の事情は充分窺い得る。

故に、私が本稿で試みんとする明治前期の雇傭法の研究に際しても、単に中央政府の発する法令のみによつては、その詳細を把握し得ないわけであるが、さりとて、各府藩県の発する法令・民間の慣習・約束等總てを検討することは勿論、旧幕の法が、如何なる範圍迄現行法的効力を有していたかを詳かにすることも容易の業ではない。従つて、本稿では、専ら、中央政府の発する法令を中心とし、それ以外の法源、乃至これに準ぜられるものに関しては、唯私の眼に触れたものを、必要に応じ適宜附加して行くことにする。

なお、「仮(刑)律」、並びに「旧民法」は、正式に公布、或いは施行せられた法典ではない。前者は裁判上の取扱準則として、單に刑法事務科、刑法事務局において仮定せられた刑法典に過ぎず、⁽¹⁰⁾後者は公布こそせられたが、施行の運びにはいたらなかった。故に両者は何れも嚴密な意味では、法源たるの効力を有しなかつたわけである。しかし、兩者共に、實際裁判に援用せられた例が尠くなく、且、前者は明治新政府の手になる最初の刑法典であつたことにおいて、又後者はそれが公布後わが法学界に大きな波紋を投じたことにより、明治前期の法制を考察する場合、見逃してはならない存在である。従つて、本稿ではなおこれ等をも参照する。

(9) 例えば、全国的施行を前提として頒布された「新律綱領」でさえ、必ずしも頒布と同時に全國劃一的に施行されたわけではない(手塚豊「明治初期刑法史の研究」五三頁以下「新律綱領の施行に関する一考察」参照)。ましてや、「新律綱領」頒布以前の明治初頭では、幕府法・藩法・維新中央政府法・府県法が入り乱れて行われ、何れが法源なりやを定めることは甚だ困難な状態である。なお、明治前期の法源については石井前掲「法制綱」二六頁以下参照。

(10) 「法規分類大全」第一編刑法門(一一二)五五頁に、「仮律ハ刑法官ノ仮定ニシテ天下ニ布告セシ者ニアラスト雖モ參考トナルヘキモノ少カラサルヲ以テ之ヲ掲ク」とある。なお、手塚前掲「明治初期刑法史の研究」五頁以下「假刑律の一考察」参照。

(11) 「假刑律」については、「假刑律的例」(前掲「法規分類大全」八四頁以下)、「旧民法」については、「相統取消及後

見排除事件」(「司法行政判例彙報」第三号二頁)、「貸金請求事件」(「同上」第一号二・三頁)、「加藤清對加藤介地所
 売買登記取消事件」(「裁判粹誌」(明治廿五年)第七卷六頁)、「島田銀左衛門對篠田讓之助田用水口制限件」(「同上」一二
 一頁)。「森田健吉對森田一作外一名共有立木分配請求件」(「同上」一八六頁)、「森島安兵衛對森島正吉後見人岩崎彦左地所讓渡
 約定履行件」(「同上」(明治二十六年)第八卷之上六三頁)、「佐々木久吉對佐藤倉治後見人佐藤西地所回復事件」(「同上」
 第八卷之下九頁)、「池田万藏對池田み養料金請求(東京控)件」(「同上」(明治二十八年)第一〇卷二六五頁)等參照。

四 明治前期の雇傭契約は、当事者の一方が勞務に服することを約し、相手方がこれに對し、報酬を与えることを
 約するによつて成立する、有償的な債權契約であつたことは疑いない。

しかし、これをもつて直ちに明治前期の雇傭契約を、現行民法債權編規定の予想する雇傭契約(13)と同性質のものであ
 ると斷言することは早急であらう。徳川時代の奉公契約の流れを汲んだ明治前期の継続的普通勞務供給契約は、これ
 又前時代のそれと同様、顕著な特色を有していたのではなからうか。

五 (1) 一の債權契約としての勞務供給契約は、勞務そのものが身分と切り離されて、一の抽象的な概念となつた
 場合に初めて成立すると解する場合、徳川時代のそれは、未だ典型的な債權契約と稱するわけにはいかなかった。

Cicero の所説に従えば、「雇傭は其のいかなる種類であれ、必ず何等かの範圍に於いて人格の支配關係を設定す
 る」(13)ものであつた。故に、雇傭に関する法律進展の跡は、それが宿命的に伴なわなければならない身分的從屬關係の
 内容の推移に、これを窺ひ得ることになる。かかる Cicero の所説が、わが国法制史上における總ての雇傭に關して
 も、なお正当なものであるか否かは別として、徳川時代の雇傭契約は、封建的な身分關係を伴なつていたのである。

徳川時代の百姓・町人法上における継続的勞務供給契約は、武家法上の用語であつた奉公、及び奉公人なる稱呼を、勞
 役義務、及び勞務者の名称に転用し、更に、その内容においても、なお封建的分子を包含していたことより、たとえ、
 その起源を封建法上の主從契約に求め得ないにしても、封建的な身分關係を伴なつた契約であつたことは争われ得な

い。然らば、かかる特色は、封建制の打破により、近代國家の建設を目ざした明治前期の雇傭法上にも、なお引続き踏襲せられたであらうか。

(c) 近代法制における一の私法上の法律關係は、私法自治の原則、就中契約自由の原則によって支配されるを通例とする。かく解すると、徳川時代の雇傭契約は、又現行民法の規定するそれと同性質のものではなかった。

徳川時代の雇傭法制は、單に私法的规定によって組織されていたのみならず、それは又警察的、或いは後見的監護の意味を多分に包含した多くの公法的、或いは後見的法規によって規律され、原則として、契約自由の原則は認められなかった。然らば、明治前期の雇傭契約については如何。西欧近代法制の輸入により、わが國法制の近代化が行われた明治前期においても、なお維新当初の社會不安、警察組織の不備、封建制の殘存等は、明治前期の雇傭法をして、なお契約自由の原則によって支配せしめなかったであらうか。

六 私 は本稿で當然論証しなければならぬ問題を前項で指摘した。しかしこれ等二つのものは決して相互に関連のないものではない。このことは、以下述べるところより自ら明白である。唯、問題の所在を明らかにせんがために、かく区分したに過ぎない。

なお、私は上述二つの問題を本稿で説明するわけであるが、私が本稿を起した窮極の目的は、明治前期の継続的普通勞務供給契約全般に関する検討をなさんとするに存する。従つて、以下では、原則として現行雇傭法の解釈に採られているが如き叙述の方法を用いることにする。

(12) 現行民法債權編の雇傭は、ドイツ民法第一章案によって規定され、従つて、それはローマ法的雇傭、即ち、勞力の貸貸借という概念をもつて構成されているが、それがなお、純債權法的な雇傭のみに止まらず、身分法的從屬關係を伴つた雇傭をも包含していることは周知の事實である（例えば、戒能通考「債權各論」二九九頁以下参照）。しかし、それは總て私法上の債權契約たることを予定して構成されたものであることも、又疑う余地はない。

(23) Gierke, Deutsches Privatrecht III Schuldrecht § 199 Dienstvertrag S. 609. なお、ギールケの雇傭理論については末川

「雇傭契約發展の史的考察」(「民法に於ける特殊問題の研究」第二卷所収)四五三頁以下、平野義太郎「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」二三五頁以下、浅井清信「雇傭」(法学理論篇)76(「法律学体系」第二部所収)四二頁以下等参照。

二 雇傭契約の種類

一 明治前期の継続的な普通勞務供給契約は、これを平常奉公契約(奉公契約)と弟子奉公契約の二つに区分することが出来る。

(14) 私のこの区分は、明治五年十月二日の第二百九十五号布告(「法令全書」明治五年二〇〇頁)に基づくものである。即ち、同布告によれば、「一 農工商ノ諸業習熟ノ為メ弟子奉公爲致候儀……一 平常ノ奉公人ハ……」とある。なお、又明治六年七月十四日の「訴答文例」によれば、その第十二条第三項に、「奉公人又ハ弟子奉公人ノ者……」(第五節(II)四、八五頁所引)とある。

二 平常奉公契約とは、家令・家扶・家従・家丁を始め、僕婢・下男・下女等が被傭者たる雇傭契約にして、それは弟子奉公契約を除く、通常の継続的な勞務供給契約を包含するものである。そして、これは原則として、家事的義務の供給を目的とするものである。

(15) 家令・家扶・家従・家丁等は、周知の如く、官・華族・士族等の被傭者に与えられた名称であるが、これ等は又徳川時代において「軽き武家奉公人」が庶民法上の被傭者に準じて取扱われたと同様、明治前期の普通の平常奉公人と同一の範疇に属せしめ得るのである(第三節二所引の各種法令参照)。なお、「新律綱領」によれば「凡官吏。並ニ。華。士族ノ家ニ。給役使スル男女ヲ。奴婢ト称シ。」(称「奴婢雇人」)とあり、家令・家扶・家従・家丁等は總て奴婢と称せられたが、これ等は勿論賤民であつたわけではない。刑部省明治四年四月(日關)の伺(前掲「法規分類大全」二二二頁)によれば、「別紙(「新律書ニ華士族ノ家ニ給役使スル男女ヲ称シテ奴婢トスト有之候上ハ令扶従等ハ一切庶人ノ取扱ニテ可然哉」)ノ通從膳所薩伺出候ニ付テハ以来華族ノ家令家扶ハ士族ニ準シ家従ハ卒ニ準シ士族ノ家ニ役使シ帶刀スル者ハ卒ニ準シ并ニ閤刑ヲ用候方可然哉此段奉伺候也」というに對し、追テ一定ノ御規則可被仰出候条令扶従トモ当分ハ士族ニ準シ可取扱且勅任官ノ士族ノ家ニ役仕シ帶刀スルモノ前文同様ニ士ハ士族ニ準スヘク閤刑ヲ用フルノ儀ハ伺ノ通候事」と指令(同上)し、又同年五月(日關)の刑部省伺(同上)

『別紙御附紙勅任官ノ士族ノ家ニ役仕シ帶刀スル者前文同様士ニ準ス可ク云々ハ勅任官ヨリ以下士族ノ家ニ役使スル帶刀人ト云フ事ナリヤ又士族ヨリ出ル勅任官ト云フコトナルヤ疑アリ明了ノ御附紙ヲ請フ 一 華族ノ家丁ハ卒ヲ以テ可扱哉 一 勅奏判有位無位士族ノ家ニ役使スル奴婢ハ帶刀スルモ有セサルモ有リ此帶刀ノ人ハ士族ヲ以テ扱候哉卒ヲ以テ扱候哉ノ事 右奉伺候也』に對し、同六月十八日の指令(同上)「二百」は、「追テ一定ノ御規則可被仰出候条令扶徒トモ当分ハ士ニ準シ可取扱且士族ノ家ニ役使シ帶刀スルモノ卒ニ準スヘク閑刑ヲ用候儀ハ同ノ通候事 但シ其者士ニ候ハ、本籍ヲ以テ可扱事」とある。なお、この指令は「改定律例」頒布により消滅した。即ち、「改定律例」第九十八条には、「凡勅奏官位ノ執事。及ヒ華族ノ家令扶徒ハ。本籍平民ト雖モ。家長ニ代ル公事ニ係レハ。俱ニ士族ニ準ス。其私事ニ係ル者ハ。各本籍ヲ以テ処分ス。」とある。

三 弟子奉公契約とは、農工商の諸業習熟の目的をもつて結ばれた契約で、農業技術の習業者、諸工見習のための徒弟、並びに商家の丁稚(小供・小僧・坊主)・手代・番頭(支配人)・中年者(中年)等が被傭者となるものである。弟子奉公契約についても、勿論家事的雑務を要求せられる場合が多い。しかし、それは本来の目的ではなく、諸業習熟のため的一段階に過ぎず、諸業習熟こそ飽迄契約締結の主たる目的をなしていた。この点にこそ平常奉公契約との根本的差異が存したわけである。

四 なお、平常奉公契約と弟子奉公契約は、上述の如く、契約締結の目的が異なったのみならず、前者は多くの場合一カ年の雇傭期間であつたに反し、後者はその契約の性質上數年に亘る場合が多かつた。⁽¹⁶⁾更に、それが契約証書たる奉公人請狀において、前者は單に「奉公人請狀之事」と記される場合が通常であつたに對し、後者は「年季奉公人請狀之事」と記載されるのが普通であつた。⁽¹⁷⁾しかし、この形式的名称は、屢々混同される場合も存し、⁽¹⁸⁾必ずしも厳密に兩者を區別する標準とはなし得ない。

本稿では、これ等兩種の契約を一括して研究し、唯、著るしき差異の存する場合、それを適宜指摘することにする。

(16) 註(14)所引明治五年十月二日第二百九十五号布告、並びに註(17)、(18)所掲各種請狀參照。

(17) 「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」(「明治大正大阪市史」第六卷一四九頁)所収の請狀によれば、『年季奉公人請狀雛形 年季奉公人請狀之事 一……中年何ヶ年季ニ相極貴殿方へ弟子奉公ニ差遣申候処実正也、……為後日年季奉公人請狀如件……』、

「同断 奉公人請狀之事 一……貴殿方ニ奉公ニ差出申候処実正也……」と、住真一郎「改正諸証文類鑑」(明治七年六月泉州堺)所収請狀によれば、「奉公人請狀之事 一……貴殿方へ奉公ニ差出シ申候処実正也……」、「年季奉公人請狀之事 一……満七ヶ年季ニ相極メ貴殿方へ弟子奉公ニ差出候処実正也……」為後日年季奉公人請狀如件……」と、又「開化文章大成」下(明治十一年)五六頁所引のものは「年季奉公人請狀……右之者今般職業為伝習当何年何月ヨリ来ル何年何月迄中何ヶ年期貴殿方江弟子奉公ニ差出候処実正也……」とあり、何れも「奉公人請狀」と「年季奉公人請狀」とを使い分けている。

又かかる区別の外に「雇人請狀之事」・「年季雇人入請狀之事」の名称をもつて、両者を区別しているもの、更に、「雇人請狀之事」・「職業修業(行)請狀」の名称をもつて区別しているもの等も存する。前者の例としては、京都版「増補普通文案」(明治十一年)三十四丁以下所収の請狀を挙げ得る。即ち、「雇人請狀之事……一ヶ年之間其許江何雇ニ差出候儀相違無之候……」、「年季雇人入請狀之事 一……五ヶ年之季ニ相極メ其許方へ弟子雇人ニ差遣申候処実正也……」為後日年季雇人入請狀如件……」と、又、後者の例としては、宇喜田小十良編輯「官民必携書式文例大全」(明治十一年四月)の請狀、「雇人請狀之事 一……宅ヶ年之間其許江何雇ニ差遣候儀相違無之候……」、「職業修業請狀……何ヶ年之間貴殿方江何職修行或差出……」、及び「大全諸証文例」(明治八年)所収の請狀、「雇人請狀之事……宅ヶ年之間其許江何雇ニ差出候儀相違無之候……」、「職業修行請狀……何ヶ年之間貴殿方江何職修行ニ差出……」を挙げ得る。

(18) 宮本又次博士所蔵の「奉公人請狀」(京都大文字屋七右衛門家のもの)によれば、「奉公人請狀之事 一……貴殿方へ手代奉公ニ差出シ……」とあり、これは明かに「弟子奉公契約」であるが、單に「奉公人請狀」と記されているので、「年季奉公人請狀」とはなっていない。又、福井淳「国民用文」(明治二十二年十月)所収の請狀は、「雇人証書……本日ヨリ来ル明治何年何月何日迄滿何ヶ年間貴殿方へ雇人ニ差遣シ則チ給料トシテ一ヶ年金何円宛ニ相定メ候処実正也……」とあり、これ又、平常奉公契約とは見做しがたいが、矢張り、單に「雇人証書」とのみある。

五 明治二十年頃から漸く活潑となり始めたわが国資本主義経済は、西欧産業革命以後におけるが如く、それ迄の
家内工業・手工業に対し、大規模の工場制工業を發達せしめ、これに伴ない、工場労働者なるものを生みだすにいた
った。

この工場労働者は、又労務と報酬との対価的給付を内容とする有償的な契約であり、なおそれが労務は、継続的な
普通の労務たることを原則とした。しかし、勿論これは私が本稿で研究せんとする雇傭契約と同性質のものではない。

それは資本制生産に伴ない、始めて現われた全く新しい型の労働者であり、本来の雇傭労働が、常に何等かの身分関係を伴ったに對し、この労働契約による労働は、身分関係から独立した自由な労働であつた。換言すれば、それは資本對労働という資本制生産の内的特質により、歴史的意義を有する機能的な從属関係にはあつたが、身分的從属関係はこれを伴なわなかつた。故に徳川時代の奉公契約の流れを汲む、本来的な雇傭契約を対象とする本稿の研究範圍からは、自ら除外されるわけである。

(19) 本来的な雇傭労働と労働契約における労働との差異に關して、菊池勇夫「労働法」〔新法学全集〕第三〇卷「諸法」IV所収）一三七頁以下、及び浅井前掲書七頁以下等参照。

六 「旧民法」では、雇傭契約の分類は行われていない。即ち、非継続的労働供給契約は勿論、工場労働者が被傭者たる契約も、總て本来的な雇傭契約たる継続的な労働供給契約と一緒に、雇傭契約の概念の中に挿入されている。唯、「旧民法」は、私の分類に従えば、弟子奉公契約に該当すると目される習業契約を、雇傭契約と區別し、これと並んで規定しているのみである。

なお同法は前述の如く（註(5)）、高級労働供給契約は雇傭契約に包含されないことを明記しているが（財産取得編第二百六十六条）、『角力・俳優・音曲師其他ノ芸人ト座元興行者トノ間ニ取結ヒタル』契約（同第二百六十五条）をも、雇傭契約たることを附加している。

これを要するに、雇傭契約を当事者の一方が労働に服することを約し、相手方がこれに對し報酬を与えることを約するによつて成立する、有償的な債權契約と解した「旧民法」では、明治前期の普通労働供給契約におけるが如く、雇傭契約を分類する必要は存しなかつたのである。

三 契約当事者の名称

明治前期の雇傭契約における契約当事者の称呼は、時代の変遷に伴ない、種々變化した。勿論、かかる名称の変遷は、それ自体としては全く形式的なものに過ぎないが、私には、明治前期の雇傭契約の特質、特に、雇傭契約が伴なつた身分的色彩の變質を考察する上に、重大な役割を演ずる様に思われる。従つて、多少煩に亘るが、以下少しく詳細に、名称の変遷過程を窺うことにする。

一 雇傭者の名称

明治前期に雇傭者なる者に与えられた名称は、三度變化した。即ち、主人（主）・家長・雇主これである。以下、これ等が如何なる時期を起点として、移り變つたかについて見よう。

徳川幕府の根本法典たる「公事方御定書」では、雇傭者のことは総て主人と称せられた。

明治維新後なお効力を有したこの「公事方御定書」は別としても、維新当初の法令は依然として、雇傭者の名称として主人なる称呼を用いている。例えば、新政府の手になる最初の刑法典たる「仮刑律」で、かかる名称が一般的に使用せられていたことは言うを俟たず、明治二年四月十五日行政官より発せられた法令、後掲明治元年の「京都府戸籍仕法」をそのまま中央法令たらしめた同二年六月四日の民部官五百五号達（註34）参照）、同年七月五日の東京府間合に対する刑法官指令等、何れも主人なる名称を用いている。しかも、この主人なる名称は、明治五年十月二日の第二百九十五号、同六年一月三十日の「僕婢税則」、同年三月五日の第八十六号布告、同年七月十七日の「訴答文例」等でも採用されているが、後述する如く、明治三年十二月「新律綱領」頒布以後においては、一般的名称たる地位を失つた。しかし、勿論それは中央政府の発する法令について言われることで、家憲・店則その他慣習としては、主人なる名称は明治前期全般を通じ、一般的名称たる地位を失なわなかつた。フランス民法の直訳と言われている「旧民法」が、雇傭契約における雇傭者のことを、なお、主人と称しているのは、当時の社会で一般的に採用されていた雇傭者の名称を、そのまま素直に採り入れたためであらう。

中央政府の發する法令について、主人なる名称に代り、雇傭者を指す名称として、一般的に使用せられることになったのは、家長なる言葉である。それは既に「假刑律」でも見受けられるが（註(20)）、一般的称呼となつたのは、前述の如く、「新律綱領」頒布以後と言わねばなるまい。即ち、「新律綱領」・「改定律例」たる二大刑法典は、總て雇傭者を呼ぶに家長なる名をもってし、又、前掲六年三月五日の第八十六号布告、並びに後述刑法典上における、雇人の範圍を明確にするために發せられた、各地方裁判所、及び各府県の伺、並びにそれに対する司法省の指令等は、何れも家長なる名称を使用している。

又、家長なる名称は、明治前期全般に亘つて一般的ではなかったが、民間の慣習用語としても用いられた。⁽²¹⁾

しかし、凡そ中央政府の發する法令について言えば、家長なる名称は、明治十三年「旧刑法」の發せられる迄、一般的称呼たる地位を有し、以後は全く姿を消すことになった。

家長の名称に代わり、雇傭者の一般的称呼となつたのは、雇主なる名称である。それは、既に明治五年八月二十七日の第二百四十号達⁽²²⁾でも見られるが、一般的となるのは、「旧刑法」以後のことである。即ち、明治十三年七月十七日の「旧刑法」(第二百七十・第二百七十一条)、同十四年十二月二十八日の第七十三号⁽²³⁾、同十七年六月十日の大蔵省第三十九号布達⁽²⁴⁾等は、何れも雇主なる名称を使用している。

なお、明治十三年以後において、主人・家長なる称呼を用いた中央政府の法令は、唯、主人なる名称を使用した「旧民法」以外、私の目に触れたものはない。

以上、私は中央政府の發する法令を中心とし、明治前期における雇傭者に与えられた名称を考察したが、これを要するに、大体次の如きことが結論として導き出されよう。即ち、「公事方御定書」、及び「假刑律」が効力を有した明治当初においては、徳川時代に一般的に使用された主人なる名称が、「新律綱領」・「改定律例」が有効な時代は家長なる名称が、「旧刑法」以後においては雇主なる名称が、一般的に使用せられたのである。

勿論、私は雇傭者の形式的な名称に関し、かかる推移を導き出したとて、それをもって直ちに雇傭者の実質的内容の変展状態をも推断せんとするのではない。それは何れ後程、雇傭契約の内容等を検討した上でなされねばならない事柄ではあるが、一先ず、ここでこの名称の推移のみを抛りどころとし、一応の見通しをつけておけば次の様になる。即ち、明治前期の雇傭契約における雇傭者は、「新律綱領」頒布迄は封建法上の主従契約における主人の如き地位を、「旧刑法」発布迄は家族法上の家長の如き身分を、それ以後においては、かかる鞏固な身分法的支配力を有しない債権法上の雇主へと推移したのではなからうか。

(20) 「仮刑律」では、雇傭者の名称として主人(主)と家長なる二つの名称が用いられているが、一般的称呼たりしものは前者である。即ち、後者は「親戚相互ニ容隠」(名例)、及び「干名犯義」(越訴)の条に用いられているのみで、「主人ヲ毆」(闘殴)・「主人ヲ殺并主奉公人」(人命)・「主家ノ婦ニ姦ス」(犯姦)等、總て主人(主)なる名称が使用されている。故に、一般的には主人(主)なる名称が使用されたと言い得よう。

(21) 「法令全書」明治二年一四六頁。

(22) 「法規分類大全」第一編刑法門(一一二)一一七頁。

(23) 「法令全書」明治六年二四頁。

(24) 同上七三頁。

(25) 同上三二〇頁。

(26) 例えば、菊池家「家憲」(北原種忠編著「家憲正鑑」三四六頁)・浜口家「家憲」(「同上」三五〇頁)・小津家「家憲」(「同上」四九八頁)・江沢家「店則」(「同上」五六五頁)等々。因みに、以上は何れも明治前期全般に通じて守られた家憲・店則である。

(27) 大阪府農商課「商業慣例調」商家の部、九 雇人に分家号の事 十一 丁稚・小僧の雇期及び給金の事(黒羽兵治郎編「大阪商業史料集成」第二輯二〇〇・二〇三頁)参照。なお、地方法令の一例を掲げておけば、後掲(註37)明治元年六月山梨県「制法 条々」では依然主人なる名称が採用されている。

(28) なお、「旧民法」は習業契約では雇傭者に当るものを、師匠・親方なる名称をもって呼んでいる。

(29) 例えば、住友家では、家を相続して戸主となる者を家長と名附け、家長は一門及び雇人を統率していた(前掲「家憲正鑑」二六一頁)。又、曲尾家「家憲」にも家長なる名称が見られる(「同上」四〇三頁以下)。

(30) 「法令全書」明治五年一八六頁。

(31) 「同上」明治十四年一三二頁。

(32) 「同上」明治十七年五三九頁。

二 被備者の名称

然らば次に、被備者の名称は如何なる変遷過程を辿ったか。

明治前期では、大体奉公人及び雇人(備人)なる名称が、一般的に用いられた。尤も、「旧民法」は後述の如く、雇備人なる名称を使用しているが、これは一般的称呼とはならなかった。

「公事方御定書」では、被備者のことは奉公人と総称された。

新時代に入っても、又奉公人なる名称はそのまま踏襲せられ、維新当初における中央政府の法令は勿論、地方政府の発する法令でも、それは一般的称呼たる地位を失なっていない。例えば、中央政府のものとしては、慶応四年三月の高札を始め、「仮刑律」、明治五年十月二日の第二百九十五号布告、同年八月二十七日の第二百四十号達、同六年七月十七日の「訴答文例」等、又地方政府のものとしては明治六年十月「京都府戸籍仕法」中「市中戸籍仕法」、「郡中戸籍仕法」に附された「他処人来往奉公人雇入仕法」、同二年九月神奈川県の「刑法仮定」、同五年三月の大阪府布達「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」、同六年山梨県「制法 条々」、同四年堺県の「戸籍編製規則」、同年の武蔵国埼玉郡妻倉村の五人組帳等に何れも奉公人なる名称を用いている。

更に又、それは中央・地方の法令に限定されたものではなく、註(17)、(18)、(63)等で引用する契約証書たる請状でも、屢々使用せられている。そして請状等では次第に消滅していく傾向は有していたものの、なお単に明治初期のみならず、明治前期全般を通じて完全には消滅しなかった。

しかし、中央政府の発する法令に関する限り、「新律綱領」頒布以後には、奉公人なる名称に代つて雇人なる名称が、被備者の一般的称呼として使用され始めた。例えば、明治三年十二月の「新律綱領」、同六年五月の「改定律例」を始め、前掲同年三月五日の太政官第八十六号布告、同九年二月二十三日の「代言人規則」、同十三年五月十三日の「改正代言人規則」、同年七月十七日の「旧刑法」、同年同月の「治罪法」、同十四年十二月二十八日の第七十三号布告、同十五年十二月の「酒造税則」第三十八条、及び同附則第十五条、更にこれと同時に発せられた「煙草税則」第六条、同十七年六月十日の大蔵省第三十九号達、同二十三年の「民事訴訟法」、及び「刑事訴訟法」等總て雇人なる名称を使用している。

かくして、雇人なる名種は、「新律綱領」以後明治前期總てにわたつて、一般的に使用せられたと称し得るが、新政府はこの雇人なるものの範圍を決定するに、多大の苦心を払っている。以下、當時法令上（特に刑法典上）で使用せられた雇人とは如何なる者を指したか、それが範圍を検討することにする。

「新律綱領」では、「凡官吏。並ニ華士族ノ家ニ。給侍役使スル男女ヲ奴婢ト称シ。卒庶人ノ家ニ。役使スル者ハ雇人ト称シ。奴婢ト称スル事ヲ得ス」と規定し、奴婢・雇人の區別を明確に定めている。かく雇主の身分の上下により、被備者を奴婢・雇人の両者に分け、奴婢なる名称を依然残存せしめていることは、四民平等を標榜した新政府が、未だ徳川封建社会の階級制度を打破し得なかつたことを端的に物語るものであらう。

しかし、五年十一月二十七日の司法省第四十二号達は、「人ニ雇ル、者トハ諸官員並宮華族士族ノ家令扶從執事隨從僕婢農工商等ノ番頭手代丁稚一切男女ノ年雇月雇日雇ニ至ル迄ヲ概シテ中ス」と規定し、封建制の遺物たる奴婢の名称を廃すると共に、雇主の身分による被備者の區別を廃止し、雇備労働者である限り、その雇備期間の長短を問はず、總て雇人の概念の中に包含せしめた。

勿論、「新律綱領」の改正法たる「改定律例」でも、又これにならない、奴婢の名称を廃し「俱ニ雇人ト称ス」(第

九十七條)ことを規定しているが、政府は更に六年十二月十日司法省布達第百九十号⁽⁶⁾をもって、『今後戸籍届済以上ノ者ヲ雇人ト称ス』と改めた。

然るに、『戸籍法ニ人ニ雇ハル、ヲ雇ルノ規則無之若シ他管ノ人ニ傭仕シテ九十日以上ニ及フ時ハ寄留スル事ヲ届ルニ因テ傭仕スル事ヲ併セテ届クル者アル耳ニシテ同管轄ノ人民相互ニ人ニ雇ハル、ニ至テハ其事ヲ届ルノ成規無之唯僕婢税則ニ傭人ノ出入ヲ届クル事アルヲ以テ前条ノ御布達(第百九十号布達を指す)アリシ儀ニ可有之歟若シ然ルモ右税則已ニ廃セラレタル上ハ御布達モ自ラ消滅セシモノトシ爾來雇主ト雇人ノ雙方許諾ノ上期ヲ約シ雇使セラル、者ヲ雇人ト可見做哉』という度会県⁽⁶⁾の伺により、第百九十号布達も維持することが困難となり、司法省は従来の態度を全く改め、『雇人雇人双方許諾ノ上期限ヲ定メ雇使スル者雇人トナスヘシ』という指令⁽⁶⁾を發し、雇人の範圍を最も広範漠然たるものと解することにした⁽⁶⁾が、これも又九年五月二日飾磨県⁽⁶⁾の伺にあい、遂に『日雇ノ者ハ凡人ト同ジク処分スベシ』と指令⁽⁶⁾し、日雇⁽⁶⁾のみは雇人概念に入らないものとその範圍を狭め、遂に十年二月五日にいたって、漸く『今後戸籍届済ノ有無ニ拘ラズ雇主雇人相許諾シテ一月以上ノ期限ヲ定メ雇使スル者ハ雇人ヲ以テ論ス』と布達⁽⁶⁾し、決定的な雇人の範圍を見出すことに成功した。

かく、政府が雇人の範圍を決定するに再度の布達指令を發したのは、明治前期の雇傭契約が、依然身分的関係を伴った雇傭契約たることを明白に裏書するものである。即ち、維新当初、刑法典として効力を有した『公事方御定書』並びに『仮刑律』を始め、『新律綱領』・『改定律例』でも、なお被雇者たる者が特種な身分法上の地位を取得することのために、これが犯罪に對し特別な規定を設けていたが、それが規定の適用を受ける雇人の範圍を如何なる限界に止むべきかが問題であつたのである。そして、このことは上述雇人概念の変遷を窺うことにより明かなる如く、幾多の迂余曲折の後、一カ月以上の雇傭期間を有する雇人に限定せられ、これに該当する雇人は、雇主に對し身分的關係を要請せられることになり、若し雇人が雇主、或いはその家族に對し罪を犯した場合は、凡人の犯罪に比し加重さ

れた刑が科せられたのである。かくの如き雇人に対する刑罰の加重は、「新律綱領」・「改定律例」が効力を有した明治十四年十二月迄行われたが、その詳細については後述する。

以上より明かなる如く、政府が刑法典上において規定する雇人とは、雇傭契約における被傭者全部を包含するものではなく、私が本稿で取扱わんとする身分的関係を伴った継続的な普通労務供給契約の当事者の一方たる被傭者のみを指し、雇傭契約・職人契約における如き被傭者はこれを包含しなかった。かくして、明治前期の継続的普通労務供給契約における身分的分子は、「旧刑法」の施行せられる迄、それが基礎が刑法典上に存したということになる。

なお、後述より明かなる如く、「旧刑法」は雇傭者、被傭者たる身分に基づく刑の減免加重の規定は、何等これを設けておらず、従って、前掲明治十年二月五日の「今後戸籍届済ノ有無ニ拘ラズ雇主雇人相許諾シテ一月以上ノ期限ヲ定メ雇使スル者ハ雇人ヲ以テ論ス」という布達も無意義なものとして消滅することになった。

前述の如く、「旧民法」は雇傭契約を総て典型的な債権契約として規定した故、明治前期の雇傭契約における如く、継続的な労務供給契約の被傭者のみを雇人と称し、非継続的な労務供給契約の被傭者を、それより区別するが如き必要は全然存しなかった。即ち、「旧民法」に従えば、雇傭期間の長短を問わず、被傭者は総て雇傭人と称せられているのである。唯、習業契約における被傭者は、これを習業者と呼んでいる。

(33) 「法令全書」明治元年六五頁。

(34) 福島正夫編「家」制度の研究」資料篇一所収「前期中央戸籍法令集」一五頁以下。尤も、この法令は明治二年六月四日民部官第五四五号達をもって中央法令として発せられた（「法令全書」明治二年二〇二頁）。

(35) 手塚前掲「明治初期刑法史の研究」一九六頁。

(36) 「明治大正大阪市史」第六卷二〇七頁所引。

(37) 前掲「家」制度の研究」資料篇一所収「明治前期山梨県戸籍法令集」一五〇頁以下所収。なお、九州大学法制史研究室にはこの法令の木版印刷物がある。

(38) 山中永之佑編「明治岡山県家族関係法令」(一)「阪大法学」第三一號)五六頁以下所掲「44 戸籍編製規則」。なお、同上所収2・30号等の資料参照。

(39) 野村兼太郎「五人組帳の研究」五七八頁所掲、なお、同上五四六頁所掲明治二年下野国都賀郡三拜河岸村の五人組帳等参照。

(40) 前掲宮本博士所蔵「奉公人請状」(これは安政四年より明治三十四年迄の奉公人請状約七十通を綴ったもの)によれば、明治三十四年六月迄の請状に、総て奉公人なる名称が使用されている。

(41) 「法令全書」明治九年一三五頁。

(42) 「同上」明治十三年一四七一頁。

(43) 「同上」明治十五年八三頁。

(44) 同上八四頁。

(45) 同上八五頁。

(46) 地方法令で雇人なる名称の見られるものとしては、前掲「家」制度の研究」資料篇一所収「明治岡山県戸籍法令集」三〇〇頁所掲「34 明治九・一〇・一二 甲第一一六号」、前掲「明治岡山県家族関係法令」(一)六九頁、72 雇人の原籍等の取しを命ずる達」(明治十一年四月十日)等参照。

(47) 尤も、この「新律綱領」以前には、例えば、前掲「京都府戸籍仕法」で見られる如く、士族・社寺の雇入れる雇人につき一般に家来の名称が用いられている(前掲「明治中央戸籍法令集」二二頁以下「士籍法」、同上二四頁以下「社寺籍法」参照)。即ち、この奴婢なる語は、シナ律の影響により「新律綱領」で突然採用されたものであろう。

(48) 「法令全書」明治五年一三四三頁。

(49) なお、例えば、明治四年三月二十五日津山藩庁布告「戸籍編成規則」でも、雇人と並んで奴婢の名称が依然見られる(前掲「明治岡山県戸籍法令集」所収二八一頁)。

(50) 「改定律例」においては、かく改正せられたが、「新律綱領」の改正されなかった部分については、なお奴婢なる名称はその儘残存し、従って、明治六年五月以後刑法典上より全く影を消したわけではない。例えば、註(20)参照。

(51) 「法令全書」明治六年一七四〇頁。

(52) 「法令彙纂」第三版(明治十年)七六九・七七〇頁。

(53) 同上七七〇頁。

(54) 司法省第九十号布達に対しては、各府県各地方裁判所より数多くの何が発せられ、雇人の範圍に關して甚だ紛争を極めているが、それ等に関しては「法例彙纂」民法二（明治八年）八八七頁以下参照。特に、六年十二月の京都裁判所何、同月の東京裁判所何、七年八月二十日の東京裁判所何、並びにそれに対する司法省の指令等参照。

(55) 「法令彙纂」第三版七七〇・一頁。

(56) 同上七七二頁。

(57) 「法令全書」明治十年八七九頁所掲司法省甲一号布達。

(58) 司法省はこの布達を出すにあたり、大政官に何を出している。それは前掲「法規分類大全」三四五頁に掲げられている。

(59) 司法省は最初は刑法典に掲げられた雇人を日雇等をも含めた總ての被傭者と解し、それ等に対しても家族法的な身分從属關係により刑の加重を行なっていた。そして、かかる事情は、前掲明治五年十一月二十七日の司法省第四十二号達（註(48)）に、最もよく表明されている。

(60) 財産取得編第二百六十一条・第二百六十三条・第二百六十四条・第二百六十六条参照。なお、「旧民法」は雇傭者のことを主人と称している（第二百六十二条・第二百六十三条）。これは典型的な債權契約として規定された雇傭契約に、形式上においてではあるが、依然として身分法的色彩の残存していたことを裏書するものであらう。

四 雇傭契約の成立

(I) 形式的要件

(A) 私法上の要件

明治前期の雇傭契約は、徳川時代のそれと同様、次に述べるが如く三段の形式を踐むことによつて成立したらしい。即ち、(一) 目見え、(二) 金錢の授受、(三) 請狀の作成交付これである。以下これ等三要件につき、項を分つて考察しよう。

一 目 見 え

徳川時代の奉公契約締結に際し、先ず最初に行われた目見えは、明治前期でも、又一般慣習として行われたこと疑いない。⁽⁶¹⁾しかし、私は寡聞の故をもって、今これに関する充分な資料を蒐集し得ない。故に、本稿では、唯目見えの行われたことを推定するに止め、それがどの程度に行われたか、或いは如何なる形式で、如何なる時期に行われたか、更にこれと身元取組との関係等についての詳細は、後日の研究に俟つことにする。

(61) 滝川政次郎「法曹話の泉」一六四頁、豊原又男「職業紹介事業の変遷」八頁、樋口一葉「大つごもり」(『現代日本文学全集』所収)五三頁等参照。なお、明治三十七年二月一日改正実施の平尾家「家憲」によれば、「営業使用人に雇入るべき資格あるものは五日以上一ヶ月以内之を見習として其適否を試み、其の確定せし時は左の書式に従ひ、身元引受書を差出さしむべし」(前掲「家憲正鑑」五四四頁)とあるは、金田教授の説かれる第二種の目見えと見做し得まいか。若し、然りとすれば、目見えは明治後半期迄慣習的に行われていたと称し得よう。

二 金銭の授受

明治前期では、契約締結当時行われる金銭授受に関しては、見るべき法令は存しない。故に、それが適法なものであるや否やも明かでない。しかし慣習的に前時代に引続き行われたことは疑いない。⁽⁶²⁾

授受される金銭の名目としては、給金・給銀・手当金・給料・賃金・取替・内金等各種のものが見られるが、就中第一のものが最も一般的に用いられたらしい。⁽⁶³⁾

給金の定め方については、明治五年八月二十七日の第二百四十号により、雇傭者・被傭者双方が勝手に「相對」で取極めることが許され、幕府時代に見られた如く法定せられることはなかった。

金銭授受の時期は、前時代では原則として請状作成前、或いは少くともその作成の時であったが、明治前期では、それが作成交付後に授受された場合も屢々見られたらしい。⁽⁶⁴⁾

金銭の額については、契約締結の場合、全額支払われる場合あり、又一部支払われる場合も存したらしいが、前者は弟子奉公契約に、後者は平常奉公契約に多かったのではなからうか。⁽⁶⁵⁾

次に問題となることは、かくの如く契約締結の際交付される金銭は、雇傭契約に対し如何なる關係を有していたかということである。

本稿註(17)、(18)、(63)、(107)等所引の各種の請状雛形文例、並びに実例、更に私の手許に現存する資料によれば、大半契約締結の際金銭授受の行わるべきことを明記しており、従つて、それが宛かも契約成立の必須要件たるかの如くに見受けられるが、それをもつて、直ちに明治前期の雇傭契約を要物契約と断じ、前渡給金は成約手附の性質を持ったものであると断言することは性急であらう。要物契約より諾成契約へと移行する法律發展過程を考慮する場合、これが断定にはなお一層有力な法的根拠が必要である。

しかし、前渡給金が証約手附の性質を帯びていたことは、疑う余地がない。⁽⁶⁸⁾勿論、それは雇傭者の恩恵行為・保護行為と目される支度金的な性質を反面具有していたことは、又争われないところではあるが。

然らば、なおそれは、解除権留保の対価として授受される所謂解約手附の性質を有していたか。売買手附に關しては、佐賀裁判所何に對する明治七年十一月の司法省指令により、当時それが一般に解約手附たる効力を有していたことを略窺知し得る。しかし、雇傭契約におけるそれは、かかる性質をもつたものであると言えないことは前時代と異ならない。⁽⁶⁹⁾

(62) 註(17)、(18)、(63)、(107)所掲各種請状参照。

(63) 給金・手当金・給料・取替・内金等の名稱の使用されている請状としては、註(17)、(18)、(107)所掲のものを参照。又賃金なる名稱を使用しているものとしては、橋寄隆存「開化文章自在」(明治十二年十二月 大阪)所収の請状に、『奉公人請状之事』一 此誰と申者何府縣管下何國郡村町出生ニ而……貴殿方へ雇入差遣候処実正也賃金幾程ニ相極不殘御渡し被下正ニ受取申候……若御氣に入不申暇被下候ハ、右賃金不殘返却致シ可申候……とある。更に給銀に關しては、細川龜市「農奴社会史考」一三六頁所引の「奉公人請状」に、『……中老ケ年李ニ相定メ、給銀之儀者……唯今爲取替金八兩五分也儘ニ受取借用申処実正也……』とあり、又九州大学法制史研究室所蔵「瓦職弟子奉公人請状之事」に、『……則給銀 儘ニ請取申候……人代成共給銀成共其元殿御勝手次第……』とある等参照。

(64) 註(17)、(18)、(19) 所引各種請狀参照。なお、給金なる語は、単に請狀において一般的に見られたのみならず、中央政府の発する法令も、又この語を原則として採用している。例えば、明治五年八月二七日第二百四十号達(註(30))、及び明治六年七月十七日第二百四十七号布告「訴答文例」(註(25))等は、夫々給金・給米金なる名称を用いている。

(65) 「諸奉公諸職人雇夫等給金雇料ノ儀是亦自今雙方共相對ヲ以テ取極メ候儀勝手次第タルヘシ」(註(30))。

(66) 請狀の作成前、及び作成交付時のものとしては、註(17)、(18)、(63)、(19) 所掲各種請狀参照。なお、請狀の作成交付後に授受されたという推測は、例え、ば註(63) 所掲の「瓦職弟子奉公人請狀之事」に、「……則給銀 隨ニ請取申候……」とあり、給銀額が記載されていないものが存するからである。

(67) 註(17)、(18)、(63)、(19) 所掲各種請狀参照。

(68) 特に平常奉公契約において交付される一部前渡給金については、それが証約手附たりしことが推測される。即ち、註(17) 所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収「奉公人請狀」・同「改正諸証文類鑑」所収「奉公人請狀之事」・同「官民必携書式文例大全」所収「雇人請狀之事」・同「大全諸証文例」所収「雇人請狀之事」、同「増補普通案文」所収「雇人請狀之事」、及び註(63) 所引「農奴社会史考」所掲の「奉公人請狀之事」等には、何れも「給金之儀者金何程ニ取極メ為取替只今右之内何程正ニ受取申候」と云った如き文言が掲げられ、前渡される一部給金は、為取替」交付されるものであり、従つて、それは契約成立を証するものと解されるのである。又、弟子奉公契約においては一般に全額前渡であり、以上の如き文言は見受けられないが、これ又請狀には必ず掲げられているところより考察するに、それは契約が成立せしことを明白に証するものと見做してよからう(勿論、前述の如く、契約成立に、必ずしも金銭授受を必須要件としたとは断言出来ない)。

(69) 中川前掲「私法史」二三三頁。

(70) 註(17)、(18)、(63) 所引各種請狀参照。

三 請狀の作成交付

徳川初世以来、奉公契約には必ず担保者たる所謂請人を伴なうを要し、しかしてこの担保者たる請人の責任は、請状なる一定形式の文書によつて表示されることを必要とし、それが奉公契約締結の場合、契約証書として授受された。明治前期においても、請人の設置、並びに請狀の作成交付を命じた法令は少くなく、かかることが前時代に引続き雇傭契約締結に際して行われたことは疑いない。以下においては、請狀の作成交付を命じた諸法令につき、それが雇

傭契約に關し如何なる關係を有していたかを検討しよう。

先ず、中央政府の發した法令としては、前掲明治三年十二月二十四日の太政官布告に、「諸官員ヲ始メ宮華族士族卒ニ至ル迄召抱人身元取札候ハ勿論諸人証書無之召抱候儀不相成候事」とある。しかし、これは同布告によつて明かなる如く、特殊な階級の雇傭に限定せられ、一般庶民に迄適用されたとは考えられず、又纔か数カ月間効力を有したに過ぎない。然らば、この布告が効力を有した範圍においては、請狀の作成交付は、契約成立の必須要件とされたであらうか。これ又私法上の契約成立には何等の影響をも及ぼさず、一の訓示的規定と解するが穩当ではなからうか。

次に、明治五年十月二日の太政官布告第二百九十五号によれば、「一 平常ノ奉公人ハ一ケ年宛タルヘシ尤モ奉公取続候者ハ証文可相改事」とあり、雇傭契約締結の最初において、請狀の作成交付が必要であつたばかりでなく、一カ年毎にこれを書き替えねばならなかつたのであるが、後述するところより、これ又訓示的規定と見做すべきであらう。しかしこの布告は前掲三年十二月二十四日の布告と異なり、一般平民をも含めた總ての雇傭契約に適用され、それは明治前期全般を通じて効力を有していた。

地方庁の法令としては、註(17)所掲の明治三年三月二十二日大阪府布令「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」を代表的なものとして挙げ得るが、それによれば、「諸証文定則無之ヨリ不都合ノ証文取置候モノモ有之候ニ付、今般改制イタシ候間、以來雛形ノ通、漸々相改候様可致候……若杜撰ノ証文ヲ以、出訴イタシ候共採用不致候間、心得違無之様可致モノ也、但是迄取置候証文ハ改正ニ不及候事」とあり、請狀の作成交付を行わない場合、所定の書式以外の「杜撰ノ証文」を取つた場合には、唯裁判上の訴権を附与されなかつたに過ぎない。しかも、それも「雛形ノ通、漸々相改」めばよく、又「是迄取置候証文ハ改正ニ不及候事」とあり、それ程嚴格なものではなく、況してやこの法令も又、請狀の作成交付の行われない場合、又、それが不適法なものであつた場合に、決して契約そのものが成立し得なかつたとは定めていない。又、明治四年の「静岡市中五人組手形之事」には「諸人加判之証文取置之可申事」とあるが、これ又かかる規定の

みをもってしては、それが直ちに契約成立の必要条件であつたとは断言し得ない。

以上、中央・地方の二・三の法令は、何れも請状の作成交付を命じているが、私はかかる規定のみでは未だそれを契約成立の必須要件とは解し得ない。しからば、それは如何なる理由によつてであるか。これ當時次に掲げる如き事情が存したからである。即ち、(イ) 上掲諸種の法令は、何れも明治初期、即ち無宿・浮浪の徒多く警察組織不備にして、殊更人民移動の取締嚴重を要した時期のものであつたこと、換言すれば、請状の作成交付が専ら保安警察的要請に基づいて行われ、私法上の契約成立のため、是非それが作成交付が必要ではなかつたのではないかという疑いが存すること。(ロ) 請状の作成交付が往々契約締結の時でなく、契約成立後相当の期間を経て行われたこと。(ハ) ある地方では慣習的にこれが作成交付が行われなかつたこと。(ニ) 当時の雇傭者・被雇傭者の関係は請状の交付を要する程身分的連関の疎遠なものではなかつたと推測されることである。

しかし、若し裁判上の訴権を取得せんとせば、請状の作成交付は必ず必要であつたらう。否、單に請状の作成交付が行われるのみならず、その証書は適法なものとすることを不可欠の要件としたであらう。大阪府については、このことは既に上掲資料より明かであるが、これは單に大阪府に限られず、全国的なものであつたらう。明治六年十二月十二日の新潟県令⁽⁷⁶⁾に対する、翌七年一月十三日の司法省の「原告申立ノミニテ証文等証拠ト為ス可キ者無ク全ク無証拠ノ訴訟ナレハ民法裁判上ニ於テハ受理不致筋ニ付一応被告ヲ尋問スルニ不及訴訟ハ其儘下戻ス可キ事」という指令⁽⁷⁷⁾並びに、明治六年二月十七日第五十六号布告⁽⁷⁸⁾「受取諸証文印紙貼用心得方規則」、同年六月十四日第二百十二号布告⁽⁷⁹⁾「來ル七月ヨリ以後ノ証書類公私ノ文書トモ必年月日ヲ記載セシム」、同七月五日第二百三十九号布告⁽⁸⁰⁾「人民相互ノ証書ニハ必ス実印ヲ用キシム」等は、かかる推測を論証するものと言えよう。

かくして、適法なる請状の作成交付なき雇傭契約は、裁判上において訴権の發生を拒否されたが、契約成立そのものには何等の障礙をも与えなかつた。即ち、雇傭契約は契約証書の有無・適否に拘らず成立し得たのであり、この点

においても、又雇傭契約は諾成契約であつたと解されるのである。

しかし、勿論一般慣習として契約成立に際し、それが適法なものか否かは別として、請状の作成交付の行われたことは、多くの請状の雛形文例、並びに実例の存するところより考察して疑いない。「丁稚制度の研究」の著者達が、当時の丁稚契約について、『契約の形式は本人の宣誓に止め請状及び保証を要せざる風となりたり』と説くは、必ずしも明治前期の一般慣習について言つたものとは考えられない。

次に、明治前期の請状は、前時代のそれと内容・形式において殆んど異ならなかつたが、それは当時の雇傭契約が今なお封建的な身分関係、或いは家族法的な身分関係を伴つたものであつたという推論に對し、一の根拠を提供するものであらう。

なお、請状は明治前期においても、雇傭契約証書たると共に、一面又保証契約証書たる性質をも有していた。即ち、それは後述の如く、身元取札が保安警察的要請に基づいて、雇傭者自身による被傭者の身元調査の役を果たしたに對し、一面同じ要請の下に、身元保証人による被傭者の身元担保の役を演じたのである。

以上要するに、封建社会の身分的色彩を伴つた請状を、殆んどそのまま継承した明治前期のそれは、適法なものの作成交付によつて、始めて裁判上の訴権を發生せしめたとは言え、雇傭契約成立にはたとえそれが欠缺、或いは不適法なものとも雖も、何等の障礙をも与えず、契約は有効に成立し得たのであるが、保安警察的要請の特に強調された明治初期は勿論、明治前期全体を通じ雇傭契約証書たると共に、身元保証契約証書たる目的をもつて、なお慣習的にはこれが作成交付が屢々行われたと解せられる。

(71) かかる特權階級者の雇傭における請状の作成交付の目的は、後に述べる公法上の要件、即ち管轄庁への願出、許可ということにより充分達成せられたと解されるからである。

(72) 前掲宮本博士所蔵「奉公人請状」によれば、『奉公人請状之事 一 此者三吉与申者生圍者……從親能存知憶成者二付去

存した。

明治新政府の発した最初の法令とも云うべき、慶応四年三月十五日の高札によれば、その第五札に、「今後總テ士奉公人ハ不及申農商奉公人ニ至ル迄相抱候節ハ出処篤ト相札シ自然脱走之者相抱ヘ不埒出来御厄害ニ立至リ候節ハ其主人ノ落度タルヘク候事」とある。「兵馬倥傯國事多端」の折に発せられた幾か五枚の高札中に、この様な奉公人の身元調査に関する法令が含まれていたこと、及びこれが前時代の法令ではかかる形式では見出し得なかつたということ、を我々は軽視してはならない。我々はこの高札を通じ、明治新政府が如何に浮浪・無宿者（脱籍者）等の取締に意を用いたかを推知し得ると共に、明治前期の雇傭契約が如何に後見法的色彩を帯びていたかを注意しなければならない。

ところで、この雇人の身元取札はその後に発せられた戸籍法令の上でも要請された。即ち、明治元年十月京都府より発せられ、同二年六月中央法令として全国府県に発せられた「戸籍仕法」には、「他所ヨリ年限リ奉公トシテ罷越候モノハ雇入ノ主人ヨリ篤ト取札シ町年寄迄可届出万一不審ノモノ雇入置ニライテハ主人ノ越度タルヘシ」とあり、なお、この法令にならって発せられた六年六月の山梨県の「制法 条々」にも、略これと同様の規定が見られる。否、單に戸籍法令に限られず、例えば明治二年三月の北海道の「諸法禁十九条」、同三年二月の大坂府布令「木賃宿ぼん引或ハ金判等ノ営業停止ニ関スル件」を始め、各地の五人組帳にも屢々かかる規定が挿入されており、それは広く、全国的に要請せられたものであつたことが知られる。

唯、ここで注意すべきは、(1) 維新当初の高札では、他処稼・同一管内の奉公人の區別なく、總ての奉公人の身元取札が要請されていたが、その後の法令では、他処稼の奉公人のみにこれを限定し身元取札の必要を幾分緩和しており、しかもこの高札も、同時に発せられた他の高札に先立ち、明治四年十月四日付の布告をもって既に早く取除かれたこと。(2) 身元取札を命じた法令には、例えば、前出明治六年六月の山梨県「制法 条々」の如く、四年四月の「戸籍法」制定以後に発せられたものも存しないわけではないが、かかる例外的なものを除けば、何れもこれは「戸籍法」

制定以前の明治初期に発せられたものに限られており、現に例えば、明治三年十二月二十四日の『諸官員ヲ始メ官華族士族卒ニ至ル迄召抱人身元取札候ハ勿論請人証書無之召抱候儀不相成候事』という太政官布告⁽⁸⁰⁾も、「戸籍法」の制定に伴ない廃止されていること。即ち、我々は上掲諸事情より被傭者の身元取札は、未だ新政府の基礎定まらず、天下に浮浪・無宿の徒が横行し、世の中甚だ不安な時に始めて要請せられた歴史的意義をもつものであり、従つて、それは「戸籍法」の確立、警察組織の充実整備等により、国内治安が維持されるに伴ない、漸次不必要な手続となる運命にあつたと解して差支ない。⁽⁸²⁾

然らば、これが要請せられた明治初期において、それは雇傭契約の成立に如何なる意義を与えたらうか。それは屢々処罰規定をもつて雇傭者たらんとする者に強制せられているが、雇傭者一方のみに要請せられ、被傭者に何等の關係をも持たない身元取札をもつて、契約成立の形式的要件と解することは出来ない。

(82) 勿論この高札は定ではなく、覚であつたため、最初から近き将来には取除かるべき運命にあつたわけである（『定三札ハ永年揭示被仰付候覚札之儀ハ時々之御布令ニ付追而取除之御沙汰可有之……』）。

(83) 明治政府が如何に無宿・浮浪の徒の取締に頭を悩まし、如何にこれに対処したかについては、山主政幸「明治戸籍法の一機能——脱籍取締りについて——」（前掲「戸籍制度と『家』制度」一七一頁以下所収）等参照。明治新政府が最初に当 faced the most important, and even the most urgent problem is, in fact, the maintenance of public order and safety in this regard. It was not only a matter of law, but also a matter of practicality. It was not only a matter of law, but also a matter of practicality. It was not only a matter of law, but also a matter of practicality.

(84) 安西光雄「北海道に於ける法制史」（『司法研究』報告書集第一七輯九）七〇四頁。

(85) 前掲「明治大正大阪市史」一二九頁所掲。

(86) 註(39)所掲明治二年下野国都賀郡三拜河岸村の五人組帳、並びに明治四年「静岡市五人組手形之事」（穂積陳重「五人組法規集」続編下巻一三五頁所引）等参照。

(87) 「法令全書」明治四年三六一頁。

(88) 例えば、「戸籍法」制定直前に発せられた前掲津山藩庁布告明治四年三月二十五日の「戸籍編成規則」（註(49)）には、他支配へ奉公に出る者はその支配地で憚なる諸人を求めねばならなかったが、この諸人には本人の身元取札を行う義務を命じ

ている。

(89) 尤も、この「制法 条々」は單にこの点においてのみならず、その他の点においても、時代逆行的なものとしての性格を具えていたことが既に指摘されている（福島正夫「地方体制と戸籍制度——山梨県の場合——」（東京大学「東洋文化研究所紀要」第一五冊所収）一二六・七頁参照）。なお、同県の明治三年四月の「庚午戸籍法」には、身元取札の規定は見られない。

（前掲）「明治前期山梨県戸籍法令集」一五三頁以下。

(90) 「法令全書」明治三年七〇九頁。

(91) 「同上」明治四年一一四頁。

(92) 本文所掲の身元取札に関する各地方の法令は、何れも「其儀ナク不審ノ者留置ニオイテハ主人ノ可為越度事」・「自然相背候ハ、破格ノ可及沙汰候」と云つた如き文言を掲げている。

(B) 公法上の要件

明治前期の雇傭契約成立には、以上の如き私法上の形式的要件、並びに雇傭者の身元取札以外に、なお士族以上の特権階級が雇傭者たる奉公契約においては、管轄庁への願出、並びに認可という公法上の形式的要件を必要とした。そしてこれは以下述べるところより明かなる如く、徳川時代において奉公契約に適法性を附與した町村役人の審査、及び認可とは自ら異なり、契約締結のための必要条件であった。

明治三年十二月十五日の達によれば、宮華族の輩が士族・卒を拝借する場合は、それが管轄庁たる府藩県へ願済の上でなければ許可されなかった。更に、同月二十二日の布告では、これ等特権階級の者の平民傭入の場合についても同様の手續が必要とされ、それと共に願案の書式が法定せられた。次いで四年二月二日には、三年十二月二十二日の願案と同様の「雇人伺案」が定められた。四年六月十七日には、元門跡比丘尼御所の諸寺院について同様のことが法定され、同年九月二十七日にはこの法令が再達されている。なお、同年十二月二日には、士族が士族・卒を従者に召仕うことが許されたが、この場合にも同様、拝借主が管轄庁へ願出、許可を受けた上でなければ、拝借は許されなかった。又、明治三年十月二十八日京都留守官の達によれば、これ又諸官員宮華族以下が京都府人民を家来に召抱え

る場合、同府の許可の必要なことを規定している。

以上諸法令より明かなる如く、旧武士階級、並びに、その他の特権階級の行なう拝借、或いは傭入に際しては、管轄庁へ伺出でその許可を得た上でなければ、雇傭契約は締結し得なかったのである。

然らば、平民相互間における契約締結に際しては如何。勿論かかる手続は何等必要とされず(註²¹⁹参照)、唯契約成立後において、後述する如く、管轄庁へ届け出る義務が一時存したのみである。

ところで、この様に特権階級の奉公人雇入につき平民のそれと異なり、許可制を採用したことは、明かに徳川時代の制度をなお捨て切れなかった証拠であり、唯許可を得る対象が前時代の封建君主であつたに對し、明治時代には管轄庁に變つたに過ぎない。そして、かかる許可制は、單に雇傭契約締結の場合に限られず、婚姻・養子・相続等身分法上の行為についてもなお残存していた。

しかし、かかる特権階級の雇入における願案の提出は、九年九月十一日に第八十七号達¹⁰⁰が発せられるにおよび消滅し、以後は唯契約締結後において、雇傭者・被傭者雙方が管轄庁へその旨を届け出れば足り、契約成立のための公法上の要件は、總ての階級の雇傭について不必要となつた。

(93) 「法令全書」明治三年五六八頁。

(94) 同上七〇二頁。

(95) 「法令全書」明治四年六八頁。

(96) 同上二五三頁。

(97) 同上三五七頁。

(98) 同上四三八頁。

(99) 「法令全書」明治三年四一七頁。

(100) 「同上」明治九年三四六頁。

(II) 実質的要件

一 被備者たるの要件

(1) 旧幕時代、良民の奉公人たる能力を有しなかった賤民は、明治四年の穢多非人の解放により、当然法律上ではこれが能力を取得し得ることになった。

前掲四年十二月二日の布告は、士族と雖も士族・卒を従者に召仕うことを許可している。しからば、卒が卒の被備者たることを得たであろうか。何等の規定も見られないが、上述の規定を類推解釈する場合、これは積極的に解されるであろう。

なお、新政府が如何に四民平等を標榜しても、事実上は依然として前時代の階級差別の觀念が、華族・士族・卒・平民という四つの形式的身分の中に暗黙のうちに包含せられ、刑法、或いは諸々の私法法規において、屢々これ等を區別する事例が見出された。明文は見られないが、この間の事情は、おそらく雇傭契約における被備能力の有無についても例外ではなく、下層階級のものには上層階級のものと同様の要件を具備し得なかつたであろう。

(2) 被備年齢については、前時代と同様法令による何等の制限も存せず、弟子奉公契約では、大體十歳前後で雇入られる慣習がそのまま踏襲された。⁽¹⁰²⁾又、平常奉公契約には、一定した慣習は存しなかつたらしい。

然らば、未成年者⁽¹⁰³⁾と雖も、自由に奉公人たり得たであろうか。未成年者の行為能力が統一的に法定されるのは、周知の如く現行民法の成立を俟たねばならず、明治前期では、それが如何なる範圍において法律行為をなし得たかについては明文は見られない。唯、明治十四年十二月二十八日の第七十三号布告は、⁽¹⁰⁴⁾『治罪法ニ於テ無能力者法律ニ定メタル代人及ヒ民事担当人ト称スル者』の規定を設け、それは未丁年者たる無能力者の『法律ニ定メタル代人』として、『未丁年者ノ父若クハ母又ハ同居ノ親屬後見人』を、『民事担当人』として、『未丁年者ノ父若クハ母又ハ同居ノ親屬ニシテ監督ヲ為ス者』を掲げているところより、一応の推測はなし得るのではなからうか。即ち、勿論この規定は、⁽¹⁰⁵⁾ 飽迄訴訟法上の規定に過ぎないが、未成年者の行為能力に關し、唯明治六年一月二十二日第二十八号布告たる後見法

が存するのみで、その他等の實體法上の規定も存しない当時としては、上掲第七十三号布告は、未成年者の行為能力を推定する有力な指針と見做し得ると思うのである。

ところが、大審院判例は、被備能力に関する直接的なものではないが、未成年者の契約における能力の程度に関し、再三再四「幼年者ノ年齢力普通ノ能力ヲ有スルニ至リタルヤ否ヤ又其契約力能力ヲ有セスシテ為シタルモノト認ム可キ事情アルヤ否ヤ等其事実ヲ審査シテ能力ノ有無ヲ断定スルヲ当然トナス」と述べ、必ずしも未成年者の契約締結は、後見人の同意がなければ無効、或いは取消し得べきものと劃一的に判示せず、上述の如き訴訟法上の規定に何等拘束されなかったことを示している。

そこで、若し大審院のこの様な見解が、なお雇傭契約における被備能力にも適用せられるものとすれば、我々はさきの明治十四年第七十三号布告を尊重するか、或いはこの大審院の見解に従うか何れかに決定しなければならない。しかし、実は継続的債権関係たる明治前期の雇傭契約は、原則として身元保証契約を随伴せしめ、その保証人の一種である人主は親、或いは親族たることを通例としたため、實際上ではこの問題に解決を与えておく必要は殆んど存しなかったわけである。

「旧民法」に従えば、習業契約については、「未成年者ハ其父後見人其他自己ニ対シテ権力ヲ有スル人ノ保佐又ハ名代ニ依ルニ非サレハ習業契約ヲ取結フコトヲ得ス」（財産取得編第二百六十七条）と明言しているが、雇傭契約一般に関しては、かかる規定は存しない。しかし、人事編第一百五十三条・第百八十六条には、夫々「父ハ未成年ナル子ノ總テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス」、「後見人ハ未成年者ノ總テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ善良ナル管理者ノ如ク其財産ヲ管理シ管理ノ失当又ハ過失ヨリ生スル損害賠償ノ責ニ任ス」とあり、又、同編第五百十条には、「未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ受クルニ非サレハ父母ノ住家又ハ其指定シタル住家ヲ去ルコトヲ得ス」、財産編第五百四十七条には、「未成年者自治産ノ未成年者……ノ行為ニ付テハ特別ナル方式及

ヒ条件ニ依ラサリントキハ……其行為ヲ銷除スルコトヲ得」とある故、雇傭契約一般についても、未成年者が被傭能力を取得するためには、親、或いは後見人の同意を必要としたであろう。

(3) 妻が、夫の同意なくして、法律行為をなし得たか否かに関しては、法令が存しない。従つて、妻の被傭能力についても、又不明である。しかし、前掲明治十四年の第七十三号布告は、妻たる無能力者の『法律ニ定メタル代人』、『民事担当者』として、何れも『夫タル者』を掲げており、又当時の妻の法律上・社会上の地位を併せ考察する場合、妻たるものは、夫の同意がなければ被傭者たり得なかつたであろうことは略推察し得る。

前時代においては、妻は妾奉公の被傭能力を有しなかつたが、明治前期でも、なお然りや否やは明かでない。

なお、『乳母雇請狀』には、屢々『夫之稱』のなき旨が掲げられている。⁽¹⁰⁷⁾

『旧民法』は、『婦ハ夫ノ許可ヲ得ルニ非サレハ……身體ニ羈絆ヲ受クル約束ヲ為スコトヲ得ス』(人事編第六十八条)とある故、妻たる者が被傭能力を取得するためには、夫の許可を要したものと解される。

(4) 民法上の禁治産制度は、現行民法によつて始めて設けられたものであるが、『旧刑法』によれば、刑罰として禁治産なるものを定めており、この禁治産者は被傭能力を有し得なかつたであろう(第三十五条―但し、これは明治三十一年法律第十一号をもつて削除)。又、前掲明治十四年の第七十三号布告は、『治罪法』上の無能力者として、『白痴瘋癲人』・『治産ノ禁ヲ受ケタル者』を掲げているが、同布告はこれ等の者の『法律ニ定メタル代人』として、『白痴瘋癲人ノ保管者』・『治産ノ禁ヲ受ケタル者ノ財産管理人』を、又前者の『民事担当者』として、『法律ニ定メタル代人』と同一の者を掲げている故、かかる者が被傭能力を取得し得るためには、一定の制限が存したと思われる。

『旧民法』によれば、『禁治産者』・『瘋癲者』は被傭能力を有し得ず、『準禁治産者』は『保佐人』の同意を得て始めて被傭能力を取得し得たと解される。即ち、『禁治産者』については、『禁治産者ハ之ヲ後見ニ付ス』(人事編

第二百二十四条)・「禁治産者ハ禁治産ノ裁判官渡ノ日ヨリ無能力者トス裁判官渡後ニ為シタル禁治産ノ行為ハ之ヲ銷除スルコトヲ得禁治産ノ裁判官渡前ニ為シタル禁治産者ノ行為ニ対シテモ其行為ノ當時ニ於テ良心ノ明確ナルトキハ銷除訴權ヲ行ナフコトヲ得」(同上第二百三十条)とあり、「瘋癲者」については、「仮管理人ハ瘋癲者ノ總テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ禁治産者ノ後見人ト同視セラル」(同上第二百四十条)と、又「準禁治産者」については、「準禁治産者カ保佐人ノ立会ナクシテ為シタル行為ニ付テハ第二百三十条ノ規定ヲ適用ス」(同上第二百三十四条)とある。

(5) 契約違反の結果、契約によつて被備者たるの資格を奪われる場合の存したことは、前時代と異ならない。⁽¹⁰⁸⁾

(6) 弟子奉公契約における丁稚雇入の場合には、一般慣習として、長男・相続人等は採用せられなかつたらしい。⁽¹⁰⁹⁾

又、これは一般慣習と迄は言えないにしても、別家中の子弟、その他親族縁者の子弟、又はその推薦によるもの、或いは故旧取引先等身元の儲なるものが優先的に被備者たる要件を具えていたらしい。⁽¹¹⁰⁾

(7) 維新当初において、被備者たるためには徳川時代と同様、なお公法的法規の命ずる一定の要件を具備せねばならなかつた。「稼切手」・「寺請状」・「守札」の所持が、即ちこれである。

(4) 他処稼の奉公人に対する「稼切手」・「添状」の所持は、中央政府の発する法令にはこれを見出し得ない。しかし、各地の法令は、屢々「稼切手」、或いはそれと同質異名と考えられるものの所持を、他処稼の被備者に命じている故、それは恐らく全国的に要請せられたものであつたろう。

「稼切手」等の性質については、中央政府の発した法令なき故、今、その詳細を知り得ない。⁽¹¹²⁾私の推断によれば、それは他処稼の者に対し、原住地町村役人の発する加判の証明書であり、当該人物の出処・素性の確実なることを証明し、且一定の期間内特定の地域へ出稼することを承認する旨を記載した文書であり、雇人のみに限られず、広く他管へ出稼する者に対し、その所持を強要したものとと思われる。⁽¹¹³⁾即ち、それは保安警察上の要請に基づいて下附せられた

一の証明書であり、徳川封建社会において、村方より江戸に赴むく奉公人の所持せねばならなかった「免許状」と、同一性質のものであったろう。

なお、当時の資料に屢々見られる「出稼手形」・「出稼切手」・「送り状」・「働切手」・「送り手形」⁽¹⁴⁾等も、勿論「稼切手」と同質別名、或いは少なくとも近似の性質を有したものであろう。

しかし、この「稼切手」の所持は、原則として四年四月の「戸籍法」の改正により改められ、以後は他管轄へ出稼ぐ被備者は、稼切手の代りに本貫管轄庁の「鑑札」を所持せねばならなくなった⁽¹⁵⁾。しかし、この「鑑札」も、「稼切手」と略同性質のものであったろう。

ところが、この「戸籍法」による「鑑札」の所持も、同年七月十二日の布告⁽¹⁶⁾により廃止された。従って、以後は他処稼の雇人についても、かかる公法上の要件を具備することは、被備者たる要件取得の条件とはならなくなった⁽¹⁷⁾。

(ロ) 明治初期には、被備者たり得るためには、他処稼・同処稼の別を問わず、又、「寺請状」⁽¹⁸⁾（「宗旨請状」）・「宗旨一札」を所持せねばならなかった。

「寺請状」とは、周知の如く、且那寺の発する異宗徒にあらざることを証する証明書であり、未だキリスト教禁制の解けなかった明治当初において、被備者たる者がなおかかるものを所持せねば被備者たり得なかったことは、又止むを得ぬことであらう。

しかし、明治元年（慶応四年）三月に発せられた切支丹宗門禁制の高札は、六年二月二十四日第六十八号達⁽¹⁹⁾をもって撤廃せられたため、最早やこれ以後は「寺請状」の所持は不必要となったわけであるが、実はこれ以前に既に早く「戸籍法」の改正、或いは少なくとも四年八月十八日の「寺請状」の廃止⁽²⁰⁾、更には同年十月十日の宗門人別帳の廃止頃より、実質的には廃止されていたのである。

(ハ) 明治四年七月四日の「氏子調規則」⁽²¹⁾は、「臣民一般出生ノ児アラハ其由ヲ戸長ニ届ケ必ス神社ニ参ラシメ其神

ノ守札ヲ受ケ所持可致事」、他ノ管轄ニ移転スル時ハ其管轄地神社ノ守札ヲ別ニ申受ケ併テ所持スヘシ」とある故、同処稼の者は、当地神社の「守札」を一枚、他処稼の者は、当地神社、並びに移転先神社の「守札」各一枚を持せねば被備者たり得なかつたと解される。しかし、同規則は明治六年五月二十九日の第百八十号布告⁽¹⁵⁾によって廃止されたため、それ以後では、「守札」の所持は公法上における被備者たるの要件取得のためには何等の影響をも与えないことになった。

しかし、明治十一年に発行された「増補普通案文」所掲の「年季奉公人請状之事」には、なお、「氏神之儀ハ何郷村社守札所持為致罷在候」とある故、纔か二年足らずしか実施されず、それ以後は法令上において要件たらなくなつた「守札」の所持も、一般慣習としては、十一年頃迄行なわれた地方も見られたのであろう。⁽¹⁶⁾

(10) 「法令全書」明治四年三三七頁。

(12) 「商事慣例類集」五六五頁所掲「雇人ノ事」、「商事慣例調」十一「丁稚小僧の雇期及び給金の事」(「大阪商業史料集成」第二輯二〇二・三頁所収)、前掲「丁稚制度の研究」一四、四四頁等参照。

(13) 維新当初においては、未成年者とは満十五歳未満の者を称したのであらう(前掲「私法史」七二・二頁)。しかし、明治九年四月第四十一号布告が発せられるに及び、「自今満式拾年ヲ以テ丁年ト相定」(「法令全書」明治九年三六頁)めることになった。なお、「旧民法」も、「私権ノ行使ニ関スル成年ハ満二十年トス」(人事編第三条)と規定している。

(14) 「法令全書」明治十四年一三二頁。

(15) 「同上」明治六年二三頁。

(16) 「河合吉三郎^{吉三郎}対保母一^一地所取戻権」(裁判判誌(明治二十七年)第九卷下三五頁所掲)参照。なお「原^原万兵衛外^外対林^林一^一銀簿^{銀簿}点検並精算要求権」(同上)、「山田^{山田}対端山^{端山}平^平弁債契約履行件」(同上(明治二十六年)第八卷上二二頁所掲)、「山本^{山本}貞^貞対田中^{田中}吉^吉右^右衛門^{衛門}貸金請求件」(同上(明治二十三年)第五卷一八九頁所掲)、「加藤^{加藤}芳^芳三^三対小池^{小池}郎^郎一^一貸金催促件」(同上(明治二十二年)第四卷四〇八頁所掲)等参照。

(17) 註(17)所引「大全諸証文例」所収「乳母雇請状」によれば、「……私妹たれ儀夫之構無之ニ付……」とあり、又註(18)所

掲「國民用文」所収の「乳母奉公請狀」にも、「……一私妹又誰儀夫之構之ニ付……」とあり、西村信雄「明治初期の身元保証」(「関西大学研究論集」第七号 法律・政治篇)一四四頁所収明治十年東京版「帝國文証大全」八十二丁所掲の「乳母奉公請狀」にも、「……一私妹誰儀夫之構無之候ニ付……」とある。

(108) 註(17)所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収「年季奉公人請狀之事」、並びに註(63)所引「開花文章自在」所掲「奉公人請狀之事」等参照。

(109) かかる一般慣習が存した理由については、前掲「商事慣例類集」参照。なお、長男・相続人の雇入を禁じている例としては、「商事慣例類集」以外に、前掲「丁稚制度の研究」三六頁所引の鴻池の「丁稚雇入の」(覚(或いは控))参照。

(110) 前掲「丁稚制度の研究」四四頁所掲「殿村の店制」、及び同上三八頁所掲「三井の店制」、更に「同上」一四・五頁参照。

(111) 註(17)所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収「年季奉公人請狀之事」には、「……宗旨請狀並村役人ヨリノ稼切手請人方ニ取置申候間……奉公人何屋誰儀誰印 何屋誰殿 右府下並管内村方之儀者、村役人等稼切手ニ不及候事」とあり、又、明治元年八月堺県の「宗旨人別改の方法」(前掲「明治前期堺県家族関係法令」(一)四二頁所掲)には、「(前略)但他所々奉公人抱候節ハ其本國在所之庄屋々添状并旦那等之宗旨一札等取之組頭方へ預ケ置召抱可申候尤モ添状ニハ若事ありたる時ハ一切所役人へ引受可申旨認させ可取置(下略)」とあり、その他「奉公人請狀之事」にも、同様の文言が掲げられている。なお、これと同質異名と考えられるものについては註(118)参照。

(112) 前掲「明治初期の身元保証」一三七頁参照。

(113) 註(11)、(114)参照。

(114) 「一他國ヨリ出稼ニ来ル者ハ、同様其所ノ役人ヨリ稼切手取之、受人有之ハ年寄へ申聞、政府へ願出、採用ノ上家賃渡、又ハ当人身寄ノ方致同居候共、可爲勝手事、但、稼切手年限有之ハ、其年限過候ハ、不可差置候」(「明治大正大阪市史」第六卷二九頁所収「無籍者取締並入籍寄留出稼ニ関スル件」)、「一他國管下ノ者タリ共、住居ノ村町役人ヨリノ稼切手所持不致者ハ止宿等爲致候儀堅ク不相成候事……一三商宿々止宿罷在候油稼人、酒造人、米踏人共儀、稼切手所持不致者ハ、同様止宿等爲致候儀堅ク不相成候事、但、戸籍分明ニテ雇主受人ニ相立候者ハ、日數五十日ヲ限り断出、働切手取寄候者ハ聞届可申候事、前件ノ趣相背ニオイテハ急度答可申付事、……一生活ノタメ他所ヨリ稼ニ立越候者モ切手無之ハ早々可立退ノ処、一時難渋ノ儀モ可有之ニ付、宿主請人ニ相立候ハ、日數五十日ノ間猶予セシメ早々取寄、本人同道可届出、若日限ヲ過不

届出ハ帰國可申付候事」(同上二八五頁所収「出稼手形ヲ所持セサル者ノ宿泊ヲ禁スル件」)、「他処の者稼等に相越候は、必其支配処印鑑有之送り手形持参可有之答ニ付取持之者其手形を以て役場へ差出候は、早々伺出差圖次第飯組合へ相加り可申若又処持無之者は決而差置申間敷事」(前掲「五人組法規集」一三五八頁所掲「明治年間讃岐國三豊郡五人組合定」)、「附他処人別ニ加り度願出ルモノアラハ出処産業等聞札シ是迄ノ在処役人ヨリノ送り状ヲ取り人柄不審モ無之諸人等有之ハ其書モノヲ取置願出聞届ノ上五人組ヘ加フヘシ其儀ナク不審ノモノ留置ニオイテハ五人組ノ者可為越度事 附他処人出稼ニ来ルモノモ同断是迄ノ在処役人ノ添書ヲ取り人柄不審モ無之諸人等有之ハ其書モノヲ取置願出聞届ノ上可免帯居其儀ナク不審ノ者留置ニオイテハ家主五人組トモ迄モ可為越度事……附他処へ転居此地ノ人別ヲ外シ度願出ルモノハ……庄屋ヨリ送り状差出シ先方人別ニ加へ此地ノ五人組ヲ除クヘキ事 附年限ヲ以て他処稼ニ出ルモノモ同断庄屋ヨリ添書差出スヘシ……」(日田県「市中制法」・「郡中制法」(大分県日田市広瀬正雄氏蔵)、大津県布令「他所人來往奉公人雇入仕法」(前掲「明治初期の身元保証」一三六頁所引)、及び同山梨県「制法 条々」)等参照。

(115) 尤も、この鑑札は出稼先で該地官庁の發する鑑札と取替えられた。なお、この寄留鑑札については後程詳説する。

(116) 「法令全書」明治四年二八八頁。

(117) 註(17)所引「改正諸証文類鑑」は、明治七年六月發行のものであるが、なおこれに収められた「奉公人請狀之事」、並びに「年季奉公人請狀」には、「稼切手」と同質のものと思われる「稼送」の所持している旨の文官が掲げられている。即ち、「……奉公中稼送別紙之通御渡申候可然御加入可被下候……」とある。

(118) 細川龟市「農奴社会史考」一三六頁所掲「奉公人請狀之事」によれば、「一 宗旨之儀者代々真言宗ニ而、村方聖眼寺旦那紛無御座候、若シ御法度之宗門等与申者御座候ハ、寺請狀ヲ以申被可仕候」とあり、又註(17)所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収の「年季奉公人請狀之事」・「奉公人請狀之事」、並びに「乳母奉公人請狀之事」にも、「宗旨請狀」・「寺受狀」の所持していることを明記している。なお、註(11)所掲堺県の法令参照。

(119) 註(33)参照。

(120) 「法令全書」明治六年六四頁。

(121) 前掲「明治大正大阪市史」二二二頁所掲。

(122) 「法令彙纂」民法一 一二四頁。

(123) 「法令全書」明治六年二四頁。なお、明治六年六月十四日教部省第二十三号達(同上二六二頁)参照。

(124) なお、この守札の制度については、高木宏夫「郷社定則と戸籍法」(前掲「戸籍制度と「家」制度」三三頁以下所収)参照。

二 雇 傭 期 間

幕府法によれば、雇傭期間は元禄十年迄は奉公契約成立の要件であつたが、以後は何力年でも「勝手次第」ということになり、要件たるの性質を失つたらしい。

維新当初においても、幕府法がその儘踏襲せられたらしく、人身売買は前時代に引続き厳禁せられていたらしいが、雇傭期間については、法律による何等の制限も存せず、従つて、それは契約成立の要件たるものではなかつたと解される。明治元年九月の「御法度書 条々」⁽¹²⁵⁾、同三年下野国都賀郡出流村御寺領「五人組帳」⁽¹²⁶⁾等は、雇傭期間に制限のないことを積極的に規定している。

しかし、明治五年十月二日の第二百九十号布告が発せられるに及び、雇傭期間は法律上一定の制限を受けた。即ち、同布告によれば、「一 農工商ノ諸業習熟ノ為メ弟子奉公為致候儀ハ勝手ニ候得共年限満七年ヲ過クヘカラサル事但隻方和談ヲ以テ更ニ期ヲ延ルハ勝手タルヘキ事 一 平常ノ奉公人ハ一ケ年宛タルヘシ尤奉公取続候者証文可相改事」とあり、ここに再び、雇傭期間をもつて契約成立の要件たらしめた。

政府がかくの如き法令を発し、元禄十年以来雇傭期間について行われていた契約自由の原則に対し、一定の制限を加えなければならなかつた理由としては、同布告、並びに明治五年十月九日に発せられた司法省第二十二号布達⁽¹²⁷⁾によつて充分推知し得る。即ち、これは積年の弊たる人身売買を未然に防ぎ、もつて雇傭契約における被傭者の地位を保護せんとする趣旨の下にであつた。

然らば、果してこの布告により、被傭者の地位は保護せられたであらうか。

同布告に明かなる如く、弟子奉公契約については、雇傭者・被傭者両当事者の和談が整う限り、七力年以上に期間を延長することが許可せられ、實際慣習としては、商家雇入の丁稚等については、十力年位の雇傭期間が通例であつ

た。⁽¹³⁾又、往々無期限の雇傭契約も締結せられたらしい。⁽¹⁴⁾

ところで、かかる場合、七カ年を経過した際、被傭者は自己の意思により契約解除権を行使し得たであろうか。上掲布告には、これに関する何等の規定も存しなかったのみならず、契約証書たる請状においては、後述の如く、被傭者は原則として如何なる場合にも解除権を有しなかったため、現行民法（第六百二十六条以下）、或いは「旧民法」（後述）におけるとは異なり、決して被傭者の保護に充分なものではなかった。

なお、同布告によれば、平常奉公契約においては、契約継続の場合は証書の書替えが必要であつた。しかし、この布告の発せられる以前には、例えば、大阪府明治三年の「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収の「奉公人請状之事」の如く、「極年ノ外、何カ年御仕ヒ被下候共、此証文ヲ以我等請人ニ相違無御産候」という如き文言も見出されるが、五年十月以後は、かかる文言を少くとも契約証書たる「奉公人請状」に掲げたものは未だ発見し得ない。⁽¹⁵⁾

「旧民法」は、「雇傭ノ期間ハ使用人・番頭・手代ニ付テハ五カ年職工其他ノ雇傭人ニ付テハ一カ年ヲ超ユルコトヲ得ス 但習業契約ニ関スル下ノ規定ヲ妨ケス此ヨリ長キ時間ヲ約シタルニ於テハ当事者ノ一方ノ随意ニテ右ノ時期ニ之ヲ短縮ス 但更新ヲ為ス権能ヲ妨ケス」（財産取得編第二百六十一条）と規定し、法定期間超過の雇傭契約に関しては、当事者一方の自由な解約権を認めると共に、習業契約に関しては、「合式ニ保佐ヲ受クル未成年者又ハ其代人ノ取結ヒタル習業契約ハ其未成年ノ時期ヲ超ユルコトヲ得ス 但習業者カ成年ニ達シタル後其契約ヲ更新シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ妨ケス」（同上第二百六十八条）とあり、未成年者に対し、特に厚い保護を加えている。

(16) 明治維新以後、人身売買を禁ずる中央法令は、明治五年十月二日の第二百九十五号布告が発せられる迄存しなかったらしい。しかし、同布告によれば、「一 人身ヲ売買致シ終身又ハ年期ヲ限り其主人ノ存意ニ任せ處使致シ候ハ人倫ニ背キ有マシキ事ニ付古來制禁ノ処……」とある故（註(12)所掲）、人身売買禁止に関する幕府法が、明治初年においても、なお効力を有していたと解される。尤も、シナ人へ童男女の売買を禁ずる法令は、既に明治三年八月十三日布告、及び同五年二月廿五日第

五十五号布告として発せられている。

(126) 「一人売買堅く停止ニ候年去相對ニ而男女之下人永年季或ハ譜代ニ召置候數又ハ一ヶ年限ニ抱候とも愼成請人可差置候主人たるもの別而憐愍相加召使可申事」(九州大学法制史研究室所蔵木版印刷物)。

(127) 「一人売買之儀は前々々御法度之趣相守可申候、但年季之儀ハ何ヶ年なり共勝手次第可仕候」(前掲「五人組帳の研究」五五五頁)。

(128) 勿論、地方法令と目されるものにして、雇傭期間を制限したものが存しないわけではない。明治四年武藏国埼玉郡妻倉村「五人組帳」(註99)参照)によれば、「人売買堅仕間數候并年季男女奉公人拾ヶ年季々外、長年季仕間數候事」とある。

(129) 「法令全書」明治五年一三三七頁。

(130) 前掲「商事慣例類集」第一編「雇人ノ事」、同「商業慣例調」商家の部十一「丁稚小僧の雇期及び給金の事」、同「丁稚制度の研究」二四頁等参照。

(131) 前註所引「商業慣例調」によれば、「肥料商志方勢七答 丁稚は十二才若くは十三才頃より雇入れ其年限の定なし」・「木綿商岡橋治助答 雇人丁稚の年齢は凡そ十才前後より雇入るゝと雖ども一定の年限なし」とある。又、「大審院民事判決録」(明治廿八年)四一五頁所収「約定金立替金請求ノ件」参照。

(132) 第六節(一)ニ参照。

(133) かかる文言は、単に「奉公人請狀」に掲げられていたのみではない。なお、「年季奉公人請狀」にも、同様の文言が記載されている(註17)参照。

(134) 註(17)、(18)、(63)、(107)所掲各種請狀参照。

三 出 替 日 限

徳川時代、雇傭期間が一年又は半力年なる奉公人を出替奉公人、又は出替者と称し、出替奉公契約の始期、及び終期を一定し、これを「出替日限」と唱え、その日限に出替をなすことを刑罰法規をもつて強制していた。

かかる制度は、奉公人たらしとする者が、人宿・肝煎等の周旋業者の許で無為に停滞し、もつて徒食無頼の輩となることを防止せんと目的より生じたものらしい。

明治前期においては、かくの如く、出替日限を法定し、もつてそれを強制せんとするが如き法令は、少くとも中央政府よりは発せられなかった。且、又出替という言葉そのものさえ、法令上では見出し得ない。しかし、地方的慣習として、一カ年・半カ年の雇傭契約を出替と称し、その雇入期限が一定されていたことが全然存しなかったわけではない。例えば、明治二十一年農商務省調査の農事調査に現われたる和歌山県の報告は、⁽¹³⁶⁾「半期雇は出替りと称し陰曆十二月及び七月盆前の再度に雇替を為す習慣」ありとし、滝川政次郎博士の指摘せられる大阪船場あたりにおける三月五日・九月五日の女中奉公の出替り時期、及び出雲国能義郡の慣例たりし「二月ヲ入換り月」⁽¹³⁷⁾等は、明かに出替制度の存在したことを証するものと云えよう。

これを要するに、明治前期には最早や出替日限を法定する必要が既に存しなかったか否かは別として、法令において出替日限を一定した例はなく、唯、地方的な慣習としてこの制度が残存していたに過ぎない。従つて、出替の始期も大阪に残存していた寛文九年以来幕府時代を通じて永制となつていた三月五日・九月五日という月日が、何れの地方でも嚴守されていたとは思われず、各地方全く区々であつたのであろう。かかる事実を認めてか「旧民法」では、「雇傭ハ地方ノ慣習ニ因リ定マリタル時期ニ於テ……終了ス」(財産取得編第二百六十条)と規定している。

(135) 前掲「徳川時代に於ける雇傭法の研究」(第四一巻七号) 一三五頁、及び同上「法曹話の泉」一六八頁参照。

(136) 土屋喬雄「日本資本主義史論集」六八頁所収。

(137) 前々註所掲「法曹話の泉」一六九頁。

(138) 前掲「全國民事慣例類集」三〇〇頁所引。

四 労務の種類及び範圍

労務の種類は、雇傭契約の種類・契約当事者の階級、或いは契約内容等により差異の見られたことは当然である。⁽¹³⁹⁾

私は明治前期の継続的普通労務供給契約を、供給する労務の種類により、平常奉公契約と弟子奉公契約の二つに大別したが、既に述べた如く、前者は家事的雑務を、後者は諸業習熟のため特殊な労務を供給することを主たる義務と

した。

明治前期では、たとえ前時代の如く、奉公契約の文例書に、奉公人請状・年季奉公人請状・乳母奉公人請状と並んで、妾奉公人請状なるものが掲載せられていなかったにしても、かかる奉公人が現実に残したことは疑いない。⁽¹³⁾そして、この妾奉公人は、乳母奉公人が「乳母」なる特殊な労務を提供した如く、「妾」なる特殊な労務を供給した。

然らば、果してこの妾奉公人は、この時代においても、法律上公認せられていたか。

明治六年五月二十五日の愛媛県令⁽¹⁴⁾に対し、七年二月二日の司法省指令は、「凡妾ト称スルハ隻方許諾ノ上初テ其名ヲ定ムルヲ得ル其定名アル者茲罪ヲ犯セハ即チ有夫ヲ以テ論ス」とあり、又七年六月七日の高知県令⁽¹⁵⁾は、「凡妾ト称スルハ隻方許諾ノ上初テ其名ヲ定ムルヲ得ル其定名アル者茲罪ヲ犯セハ即チ有夫ヲ以テ論ス」とあるが、以上二つの指令によって明かなる如く、当時妾は一般にこれを認められ、隻方許諾して実際妾となっておれば、たとえ入籍しなくとも法律上当然妾であり、この者が茲罪を犯せば有夫姦をもつて罪せられたのである。更に、この間の事情は、「仮刑律」の「流罪家属」・「殺姦」・「婦女ヲ強奪ス」等の条に妾を規定していること、「新律綱領」・「改定律例」に規定せられた妾の二等親としての地位、及び庶子の三等親としての地位の取得、並びにそれが父母を有すること等より一層明白である。⁽¹⁶⁾

かく、妾なるものが法律上当然認められている限り、それが妾體と目される妾奉公契約も、又法律で禁止せられている筈がなく、これは又公序良俗に反するものでもなかったと見做さねばならない。しかし、明治十三年七月十七日に公布され、同十五年一月一日より施行せられた「旧刑法」には、妾なる名称は全然存せず、法律上一夫一妻制が確立されたと見做される故、この時以来、妾奉公は少くとも法律上では容認せられないことになったと解される。

なお、「旧民法」は明かに一夫一婦制を明言し、明治三十年の大審院判決も、又、「法律ハ妾ナル人格ヲ認メス」と判示している。⁽¹⁷⁾

次に、労務の範圍であるが、前掲明治五年の太政官第二百九十五号布告、並びに同年の司法省第二十二号布達は、主人の存意に任せ牛馬の如く被傭者を虐使することを禁じている。しかし、かかる法令に拘らず、依然として労務の内容は、一般に契約締結当初に両当事者の合意によって定められるというとはなく、契約期間中全く雇傭者の一方の意思に任せられ、ある程度の酷使が行なわれたであろうことは容易に想像し得る。⁽¹⁴⁾

「旧民法」は、習業契約につき習業者の供給する労務の範圍を定めている。即ち、「習業者ハ其人（主人）ノ労務ニ助力スル」（財産取得編第二百六十七条）もので、「其習ハント欲スル職業ニ関シ日々ノ時間及ヒ労務ヲ師匠又ハ親方ニ供スルコトヲ要ス」（同上第二百七十一条）とあり、家事的雑務に服する義務の存しないことを暗に示している。

(13) 例えば、「白木屋三百年史」二六六・七頁所掲の明治中期白木屋の店員約百五十人位についての職務参照。

(14) 九州大学法制史研究室所蔵の「妾奉公」請状を一通掲げておこう。「御奉公申一札之事 一 此度其許御殿様江きんと申女袴ヶ月定メ金三兩外ニ為小遣金壹兩妾御奉公差上候処実正明白御座候然ル上ハ宿方又ハ里方止宿不仕候尤御家法通急度相守可申候若 御子様御誕生致候上ニ而も思召ニ相叶不申節者何時ニ而も我等方江引取申候尤此女之儀ニ付若病氣之節ハ其御許殿江少シ茂御難相掛申間敷候猶掛合入込候儀成者他所ノ故障申出候者毛頭無御座候其外如何様六ヶ敷儀出来候共我等罷出急度埒明其許御殿江少シ茂御難相掛申間敷候為後日依而如件 明治三年七月八日 麴町三軒家 請人 山田屋岩次郎 平川町四町目 父 丸屋能次郎 娘きん 東坊城様執事 御中。」なお、岡本純「保安条例後日の夢」（明治二十一年発表）（「明治文化全集」第一三卷所収一七五頁）によれば、「此の姿では碌な聲も来人もなしそれかといつて妾てかけにして人の慰みものにするのは否なり」とある。

(14) 「法例彙纂」民法一 三三七頁。

(14) 同上同頁。

(14) 同上同頁。

(14) 同上三七五頁。

(14) 「新律綱領」の「五等親屬」参照。なお、これは「改定律例」でも何等改正されていない。

(14) なお、六年六月廿七日の大蔵省伺（「法例彙纂」民法一 九二頁）、並びにそれに対する指令（同上九三頁）参照。

(17) 「旧民法」人事編第三十一・五十八條參照。なお、妾の消滅については、高柳真三「妾の消滅」(『法学新報』第四六卷九号)參照。

(18) 「北川弥三対一色一約定金請求(大阪控)件」(『裁判粹誌』(明治三十年)第二卷三七七頁)參照。

(19) 「素より農家の雇人殊に日頃非常に追廻はされ快よからず思ひ居れば斯る時の役には立ず」(武田交来「冠松真上夜暴動」(明治十三年發表)『明治文化全集』第一三卷所収)一一八頁、「世間に下女つかふ人も多けれど山村ほど下女の替る家はあ
るまじ、月に二人は平常の事、三日四日に帰りしもあれば一夜居て逃出でもあらん」(樋口一葉「大つごもり」(明治二十
七年十一月發表)『現代日本文学全集』所収)五三頁等參照。

五 勞務時間

明治前期において、被傭者の勞務時間を規定した法令は見出せない。通常同居義務を課せられた継続的普通勞務供給契約では、終日傭傭者の勞務に服し、十数時間の勞務時間が強要せられたと推測される。即ち、それは「丁稚制度の研究」の著者達が述べている如く、単に長かったに過ぎず無制限であつたであろう。(18)

しかし、丁稚制度に通勤制が採用し始められてからは、「大低昼間五時間乃至八時間制」が採られたらしい。(19)

(19) 例えば、前掲「白木屋三百年史」二六七・八頁參照。

(19) 前掲「丁稚制度の研究」九五頁以下。

(19) 同上六四頁。なお、例えば、曲尾家の家憲によれば、「予定の休日(大祭日・日曜日)を除くの外、他人に拘らず一日六時間以上の就業を為すものとす」(前掲「家憲正鑑」四〇三頁所掲)とある。

五 雇傭契約の効力

私法的關係に止まらず、公法的關係の面をも有していた明治前期の継続的普通勞務供給契約は、契約の成立に伴ない被傭者・雇傭者両当事者間に、私法上の權利義務關係を発生せしめたのみならず、公法上の義務・責任をも負担せしめ、或いは責任を免除せしめた。

勿論、この公法上の義務・責任は、契約成立の直接効果と称し得るものではない。しかし、この公法上の義務・責任は總てその基礎を雇傭契約においており、契約成立に伴ない当然発生するものであった。従つて、本節では、これ等兩方面の効果を検討し、もつて明治前期の雇傭契約効力の全貌を把握することにする。

(一) 私法の効力

一 契約の成立に伴なつて生ずる私法的効果は、これを債權法上のものと身分法上のものに區別することが出来る。そして、前者は契約締結の主たる目的をなすに反し、後者は飽迄それが締結の結果たるに過ぎなかった。

二 然らば、身分法上の効果とは如何なる身分關係を予定して発生するものであらうか。我々は先ずここで、雇傭者・被傭者を結合せしめていた身分關係の本質を把握しなければならぬ。

徳川時代の雇傭契約が専ら封建的（主従的）な身分關係を伴つた契約であつたことは、既に金田博士の説を籍りて述べたところである。そして、かかる身分關係は、徳川幕府の基本法典たる「公事方御定書」によつて最も強力な基礎を与えられていた。故に、この「公事方御定書」がその儘原則として効力を有した維新当初において、雇傭契約に封建的・主従的な身分關係を残存せしめていたことは、寧ろ当然と云えよう。然らば、それは前時代と全く同質のものであつたか。

我々はここで、維新当初において「公事方御定書」と並んで、現行法的効力を有した「仮刑律」の規定を採上げなければならぬ。⁽¹⁸⁾

「仮刑律」における「主人ヲ毆」（闘毆）・「主ヲ殺并主奉公人」（人命）・「主家ノ婦ニ姦ス」（犯姦）等の条文は、何れも武家法上の家來の主人に対する犯罪、及びそれが刑罰と共に、農商家奉公人の主人に対する犯罪、及びそれが刑罰を規定している。そして、かく同一条文をもつて武家法上の主従間におけるものと、百姓・町人法上の雇傭契約の雇傭者・被傭者間におけるものとを包含せしめていたことは、それが表題に、上述の如く「主人ヲ毆」・「主

ヲ殺并主奉公人」・「主家ノ婦ニ姦ス」という単一のことを掲げていたこと、及び前述した如く、主人（主・主家）、奉公人なる名称をもつて雇傭者・被傭者の称呼としていたこと等を併せ考える場合、たとえ、百姓・町人法上の農商家奉公人が、主人に対して犯した罪に対する刑罰が、武家法上の家来の、主人に対して犯した罪に対する刑罰に比する場合、幾分輕減せられていたにしても、なお次の如きことが言い得るのではなからうか。即ち、百姓・町人法上の主人・奉公人の關係は、武家法上の主人・家来の關係と同一ならざるも、それと類似の關係におかれていた。換言すれば、主人・奉公人間には依然封建的主従的な身分關係が残存していたと解して差支あるまい。

しかし、我々はこれをもつて、直ちに「假刑律」が「公事方御定書」と同様、明治当初の雇傭契約に封建的な身分關係のみを伴なわしめる基礎を持っていたと速断してはならない。

「假刑律」における「親屬相互ニ容隱」（名例）・「親屬相盜」（同上）・「干名犯義」（越訴）の条文には、親族間に行なわれる犯罪に対する刑罰、及びそれが免除の規定を設けていると共に、雇傭契約の主人・奉公人（奴僕を含む）について、同様の規定を掲げている。そして、かかる事実と、それが表題に、なお「親屬相互ニ容隱」・「親屬相盜」といった如き單一の名称を掲げていること、前述の如く雇傭者を呼ぶに家長なる称呼をもつてしていること、更に奴僕に關してではあるが、それが家長に対して犯した罪につき、子孫と全く同一の刑を科していること（「干名犯義」の条参照）等を綜合する場合、雇傭契約における雇傭者・被傭者の關係が、家族法上における家長・家族の關係に類似した面を有していたと言わねばなるまい。

かくして、「假刑律」は、百姓・町人の雇傭契約における雇傭者・被傭者間に、單に封建的な主従契約における如き身分關係發生の基礎を与えていたのみならず、それは更に、家族法的な身分關係發生の根柢をも有していたことになる。しかし、勿論これ等二つの身分法的關係の基礎の強弱を比較する場合、後者は前者程鞏固なものではなかつた。即ち、家族法的身分關係は、「假刑律」では未だそれが存在の基礎は、甚だ薄弱なものでしなかつた。

「大宝律」・「明律」・「清律」等、家族主義的特質を有したシナ律より最も多くの範を取り、封建社会の法典たる「公事方御定書」の規定を殆んど採用しなかつた「¹⁹³仮刑律」においてさえ、かかる有様であつた。況んや、「公事方御定書」、その他、契約当事者の名称を考察した場合に引用した諸法令等を綜合し、維新当初の雇傭契約における身分關係を一般的に考察する場合、それは矢張り原則として封建的な身分關係に支配されていたと言えよう。

しかし、我々はそれが如何に萌芽的な存在に過ぎず、それが如何に薄弱な基礎しか有していなかつたにせよ、徳川封建社会において諸制度全般を敵つた強度の封建制のために、法律上においても容易に姿を現わし得なかつた家族法的身分關係が、¹⁹⁴「仮刑律」の規定上より漸く窺い得ることを輕視してはならない。それは、封建制の崩壊以後における新しい時代の雇傭契約が、必然的に伴なわなければならない身分的從屬關係が、如何なる内容のものであつたかを判断せしむるに、有力な示唆を与えるものである。我々は、次に御定書、及び「仮刑律」廢止後における、身分關係の内容の検討に移らなければならない。

(4) 「新律綱領」の「謹慎」(名例律)・「親屬相繼爲容隱」(同上)・「將屍圖類」(人命律)・「私和人命」(同上)・「干名犯義」(訴訟律)・「家人求索」(受贓律)等の条項は、親族に関する刑罰規定と共に、雇人に對する刑罰規定を含んでいたこと。

(5) 「新律綱領」の「人命律」に、「殺一家三人」なる条文が存するが、それによれば、「凡謀殺。故殺。放火。行盜シテ。一家ノ死罪ニ非サル。三人以上ヲ殺シ。若クハ人ヲ支解スル者ハ。皆梟。」とあり、これが補充法たる「改定律例」第七十三條(殺一家三人條例)は、これを説明して「凡一家ノ死罪ニ非サル。三人以上ヲ殺スト稱スルハ。雇人ト雖モ。同居ニ係ル者。及ヒ同居セスト雖モ。父子兄弟等。至親ニ係ル者。皆是ナリ。」とあり、一家の中に同居の雇人を包含していたこと。

(6) 又既に明かにした如く、「新律綱領」では、總て雇傭者のことを家長と稱し、これに對する被傭者の名称とさ

れた雇人に関し、その範圍を家長と同一戸籍内に入つたものとすることは、「戸籍法」の改正により要求せられなくなつたにしても、なお一カ月以上の雇傭期間を持つたものでなければならなかつたこと。

(二) 又前出「親屬相繼容隠」なる表題は、「假刑律」と同様單一の名称をもつて親族、及び家長の犯罪容隠が罪を構成しないことを規定しており、更に又、かく同一条項をもつて規定されない場合でも、家長・雇人間に行なわれた犯罪に対する刑罰規定を、必ず親族間の犯罪に対する刑罰規定の前後に置いていること等より推測するに、私は「新律綱領」の規定は、雇傭契約における雇傭者・被傭者間に、家族法上の家長・家族間におけると類似の身分關係隨伴の基礎を有していたのではないかと考える。そして、これは家族主義的特質を有し、被傭者に対してまで準家族待遇の態度を取つたシナ刑法典たる明・清律を、専ら母法として編纂された「新律綱領」では有り得べきことであり、従つて、又逐条的編纂・懲役刑の採用等につき、多少西欧近代刑法を參照したとは言え、なおシナ刑法の強い影響下にあり、⁽¹⁵²⁾「新律綱領」の補足法たる地位を有する「改定律例」についても、何等異なることなく、それが規定を検討する迄もなく、雇傭者・被傭者は依然として家長對家族の如き身分關係に置かれていたであらう。

然らば、「新律綱領」・「改定律例」においても、「假刑律」に見られた如く、なお雇傭者・被傭者たる地位に基づき、封建法上の主人・臣従における如き義務・責任を強要、或いは免除すべき規定が存したか。既に明かにした如く、「新律綱領」頒布以後においても、主人・奉公人なる称呼を雇傭者・被傭者に与えた中央政府の法令は、全然これを見出し得ないことはないが、これ等兩刑律に関する限り、かかる名称は全く存せず、又後述する如く、封建的な身分關係の残存を思わしめる如き規定は毫も存しない。

かくして、これら兩刑律の施行された明治三年十二月より同十四年十二月迄は、瑞西民法第三百三十一条より當然導かれる如き、雇傭者・被傭者は家族法上の家長・家族と全く同一の身分を取得し得なかつたにしても、「唐律疏義」・「明律」・「清律」等シナ歴代の刑法典より自ら明かな如く、⁽¹⁵³⁾準家長・準家族の身分を取得していたと称し得るので

はなからうか。

然らば、次にこれ等兩刑典に代り、明治十五年一月より施行された「旧刑法」は、雇傭契約当事者間に如何なる身分關係存在の基礎を与えたか。フランス近代刑法典の模倣によつて編纂せられた「旧刑法」は、雇傭者・被傭者たる地位に基く刑の減免加重に關しては、何等の規定をも設けていない。即ち、「旧刑法」では、最早や雇傭契約当事者間に、封建法上の主従契約に見られるが如き身分關係の存在を示すが如き規定は勿論、家族法的な身分關係の存在を根拠附けるが如き規定も全く見られない。

しかし、我々はだからと言って、直ちに明治十五年以後における法律上に、本来的な雇傭が必然的に伴なう、身分從屬關係存在の基礎が、全然存しなかつたと解してはならない。明治十四年十二月二十八日の第七十三号布告、及びたとえ施行の運びに至らなかつたとは言え、明治前期の雇傭契約に対して始めて統一的な法律規定を設けた明治二十三年四月の「旧民法」等は、「公事方御定書」以下の刑法典に見られるが如き、鞏固な身分關係存在の根拠を与えなかつたにしても、なお、雇傭者・被傭者の關係は單なる債權法上のものに止まらないことを充分暗示せしめる如き規定を含んでいた。第七十三号布告については、後述に譲り、ここでは唯、「旧民法」についてのみ少しく考察しておこう。

周知の如く、「旧民法」はフランス法の影響が甚だ強いが、雇傭契約を習業契約と共に財産取得中の一章として規定し、フランス民法における如く、⁽¹⁶⁸⁾賃貸借のところに規定せず、又第二百六十二条第三項の如き規定を設け、更に雇傭者のことを主人と称していること等は、如何に債權法的规定によつてそれを律せんとしても、なお、身分法的色彩を完全に除去し得なかつたことを、如実に物語るものと言えよう。

又習業契約については、これを雇傭契約と別個の規定をもつて取扱つていたという一事により、既にそれが身分法的効果を伴つたものであつたということを充分暗示せしめており、⁽¹⁶⁹⁾改めて指摘するまでもない。しかし、念のため以下二三のことについて指摘すれば、(イ) 第二百七十条の如き規定、特にその第一項・第三項の如き条項が設けら

れていたこと。⁽¹⁶⁹⁾ (四) 第二百六十九条第二項は「習業契約ノ不備ハ師匠又ハ親方ノ其職業ヲ行フ地方ノ慣習ニ從ヒテ之ヲ補充スルコトヲ得」と規定しているが、これは「習業者住所ノ慣習ニ非サル……習業者棟梁ノ家ノ慣習ニ從フ可キモノ」⁽¹⁷⁰⁾たることを意味していたこと。(五) 更に、財産編第三百七十二条に掲げられた未成年習業者の不法行為に對する雇傭者の損害賠償責任等は、師匠・親方と習業者間に家族法的な身分關係の存したことを実証するものであらう。かくして、「旧刑法」施行以後においても、契約当事者間における身分關係は、依然法律規定によつてそれが根拠を与えられ、それは明治二十九年四月の公布にかかる現行民法上においても、完全には抹消せられなかつたのである。⁽¹⁷¹⁾

然らば、次にかかる身分法的關係は、單に刑法典、その他の法律によつてのみ要請せられていたか。否、それは法規を離れても社会一般に根強く浸潤し、まさに慣習法的存在たる性質をも兼備していた。「商事慣例類集」が「雇主人間ノ情義ハ主人奉公人ト稱シ世々君臣ノ分ヲ守ルモノ」である⁽¹⁷²⁾と述べ、家憲・店則等が屢々、「雇人には親族同様の取扱をなす事」・「雇人は我が家族と思へ」⁽¹⁷³⁾等といった如き一項目を掲げていたことは、雇傭者・被傭者の關係が、單なる債權法のものに止まらず、なお、封建法上の主従、或いは家族法上の家長・家族の如き關係にあつたことを意味するものと言えよう。即ち、我々はそこにおいては、身分的從属關係の内容の変転を、法律規定上における如く截然と區別し得ないまでも、雇傭契約にはなお身分法的な色彩の残存していたことを認めなければならぬ。

以上、私は雇傭に關する直接的な法制でない刑法典のみに専ら依拠し、しかも、それが具體的な内容をも充分検討することなく、唯、表面的・形式的な解釈のみにより、明治前期の雇傭契約が伴なつた身分法的關係の内容の推移を跡附けてきた。故に、かかる結論は、或いは正鵠を得たものでないかも知れない。しかし雇傭に關し纏つた法制の見られなかつた明治前期において、強いてかかることを検討せんとすれば、かくする以外に途はなかつたのである。私は以下の叙述に必要なため、ここで一先ず上に述べたところを要約しておくことにする。

明治前期の雇傭契約は、契約成立に伴ない、雇傭者・被傭者間に單に債權法上の効果を發生せしめたのみならず、

又それは身分法上の効力をも併発せしめた。しかして、かかる身分法的関係は、法律規定の上で特に刑法典上より考察するに、「公事方御定書」、及び「仮刑律」の行われた時代は、徳川時代におけると同様、専ら封建法上の主従契約におけるが如き主従的な身分関係であり、唯、それと共に一面家族的な身分関係をも多少随伴せしめ、「新律綱領」、「改定律例」が効力を有した時代は、全く家族法的な身分関係のみが残存支配し、「旧刑法」施行後においては、身分的色彩は著しく薄弱なものとなったとは言え、なお家族的な身分関係が残存していたであらうことになる。ところで、もしかかる推論が正しいとすれば、Gierke の指摘する如く、我が国明治前期の雇傭も、それが伴った身分的従属関係の内容の転移に、法律進歩の跡を窺い得るのであり、菊池博士が西欧雇傭契約の身分的従属関係の変遷について述べられた、「封建身分的従属の撤廃された後においても、なお家族的身分関係として従属的労働が行われている」ということは、我が国雇傭契約の身分法的従属関係の変遷にも、妥当するものである。

(13) 既に述べた如く、「仮刑律」なるものは、維新当初の「兵馬倥傯国事多端」の間において刑法事務科・刑法事務局の仮定した刑法典にして、それは周知の如く、「大宝律」、「明治律」、及び「公事方御定書」等各種の法典を無批判的に結合して作成せられた、全く寄木細工的な刑法典であった（小早川欣吉「明治法制史論」公法之部下巻九八〇・九八二頁）。故に「仮刑律」は、用語その他の点で必ずしも系統立ったものとは言えない。従って、これが規定を解釈するにあたっては、慎重な態度を必要とし、全般に亘る詳細な検討をなすことにより、始めて正しい解釈を下し得ることは充分承知しているが、今ここでは、唯本稿敘述のために必要な数個の規定を拾い上げて検討するに過ぎないことを断っておく。

(14) 「仮刑律」で、被傭者と対立せしめて、家長なる名称の採用されているのは、私の目に触れたところでは、幾かに「親属相互ニ容隠」・「親属相盜」・「干名犯義」の三条文に過ぎない。又被傭者のことは、「新律綱領」・「改定律例」における如く雇人なる称呼は使用されず、上掲三条項においてさえ、奴僕・奉公人なる名称が用いられている。

(15) 前掲「明治法制史論」九八一—三頁参照。

(16) 徳川時代の奉公契約における雇傭者・被傭者間に家族法的身分関係の分子が存していたことは、雇傭者に被傭者を自己と同一の人別に書加える義務の存したこと、雇傭者の家の家法が、雇傭契約に重大な影響を与えていたこと等により充分推察し

得る。しかし、かかる家族法的身分関係の存在は、徳川封建社会の法制上においては積極的に規定されなかった。それは維新後封建制の消滅により、始めて法制上に積極的に規定せられることとなった。なお、金田博士は、徳川時代の主従の関係が親子の関係にも対比さるべきことを指摘している（前掲「徳川時代に於ける雇傭法の研究」(第四一巻八号) 一二三頁以下）。

(17) 例えば、「奴婢盗」家長財物」(賊盗律)・「謀殺家長」(人命律)・「殺奴婢」(同上)・「毆家長」(闘毆律)・「罵家長」(罵言律)・「姦家長妻女」(犯姦律)等参照。

(18) 小早川欣吉「統明治法制度考」所収「新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて」参照。

(19) 清水泰次「支那の家族制度の研究」(「早稲田法学」第八卷所収) 三七頁以下参照。

(20) 前掲「明治法制史論」九八八頁、及び同「統明治法制度考」四九頁等。なお、手塚豊「新律綱領編纂関係考」(「明治初期刑法史の研究」三五頁以下所収) 参照。

(21) 的野半介「江藤南白」下巻一四頁、泉二新熊「改訂刑法大要」(第三十五版)三〇頁、前掲「明治法制史論」九八八頁、池田寅二郎「法典編纂」(岩波講座「日本歴史」第八卷所収) 二頁等参照。

(22) 前掲「明治法制史論」九八六頁。

(23) 「改定律例」が「新律綱領」の補足法であり、「新律綱領」と並び行われたこと、契約当事者の名称を述べるところで指摘した如く、雇傭者及び被傭者を呼ぶに依然として家長・雇人なる名称をもってし、雇人なる名称を与えられるものの範囲については、「新律綱領」の雇人における場合と同様なことが言われること、本項本文において指摘した如く、「殺一家三人」なる「新律綱領」の規定の解釈規定と目される「殺一家三人条例」等より、「改定律例」がなお雇傭者・被傭者の関係を家長・家族の如き身分的關係をもったものと考えていたことは、当然推察し得るのである。

(24) 瑞西民法第三百三十一条(第二項)は、「家長権ハ血族又ハ姻族トシテ又ハ契約關係ニ基キ僕婢・徒弟・使用人其他之ト類似ノ關係ニ於テ家族的共同生活ヲ為ス絶テノ人ニ及フ」(原已垂範「瑞西民法」の訳による)とある。なお、中川善之助教授はこれを解して、「スイス民法によると家族たる身分の取得原因は大別して三つになる。法規慣習及び契約である。……契約に因る家族といふは広義の家族的雇傭關係に立つ者のことである。スイス民法は自からその例として僕婢(Diensthote, gno de service)と徒弟(Lehrling, apprentis)と職人(Geselle, ouvrier)とを掲げているが(三三一条)、類似の關係は、例へば秘書(Sekretärd, Sekretarin)・門番・洗濯婦等に「いづれも成立する。(Egger)。これらの者、殊に僕婢については、雇入れと同時に特殊の家族的關係が発生し、一種の家族として、單なる債權法を以てしては理解し尽せない權利義務を有す

に至るものとの観念が古くから明確に人々の心を支配してゐたといはれてゐる。この点は日本等でも同様のように思はれる。

吾々は家の奴婢を單なる勞務供給の雇傭關係に立つ者とのみは考へず、何か特別の家族的意味をその間に認めないでは居れないのが實際である。従つて日本では國民の法的感情からむしろ離れて、民法と民法學とのみが奴婢を工場労働者と同じ型へ押し込んでしまつたのであるが、スウイス民法はそうした國民感情をそのまま卒直に把握し表現したものといつてよからう。この点に關し穂積博士も「むしろ我國でこそ斯る規定あつて然るべけれど思はる實際的な規定である」といつていられる（穂積「親族法」八二頁）。（「スウイスに於ける家と家長」『家族制度全集』史論Ⅳ家所収（三五七頁）と説べている。

(165) 前掲「支那の家族制度の研究」。仁井田博士は「支那身分法史」（八七四頁）において、宋代の人力・女使（雇人）は「主人との間に契約によつて依屬關係を生じ、其の關係は單純な契約關係を以て律し得ざる身分的關係にある」ことを説かれてゐる（南宋の慶元条法事類の規定により）。なお、同書四二三頁参照。

(166) フランス民法第七百七十九條以下参照。

(167) 岸本辰雄「民法正義」財産取得編卷之貳三三五頁。

(168) 前註所引「民法正義」は、習業契約に關して「我邦ニ於テハ商工業實際ノ慣習ニ於テ此習業契約ハ最も多ク行ハル、所ナリ即チ彼ノ所謂「年奉奉公」ナルモノハ殆ト尽ク此契約ニ該當スルモノニシテ而シテ其師匠又ハ親方ト習業者トノ間ハ殆ント親族ノ如キ德義的關係ヲ成シ互ニ相敬愛スルヲ以テ各邦ノ遠ク及ハサル所タリ」（「同上」三四四頁）と述べてゐる。

(169) 註(167)所引「民法正義」三五一一四頁参照。

(170) ボアンナード氏起稿「再閣修正民法草案註釈」第三編下卷四三三頁。

(171) 戒能通孝「債權各論」三〇五頁。

(172) 第一篇「雇人ノ事」参照。

(173) 前掲「家憲正鑑」二七三頁所収鴻池「家憲」参照。

(174) 「同上」四六二頁所掲嘉納家「家憲」。なお、その他「雇人」に対する待遇法に至りては、乃ち上重役より下小僧小使に至るまで、決して地位の高下を問はず、「家に在る者は皆一族なり」との主義の下に、同一の優待を為すを以て、雇人等は皆主人の意を休し、勤勉・忠実業務ニ熱中す」（「同上」二七四頁鴻池家「家憲」）。「雇人を待つに家族を以てし主人と雖も奉公人同様に心掛くべし」（「同上」三四六頁浜口家「家憲」）。「雇人を優遇し一家族を以て視る事」（「同上」三八五頁片倉家「家憲」）。「雇人は事業上の功勞者なり、宜しく之を家族視し優遇を加ふべし」（「同上」四七四頁堀切家「家憲」）。

「主家には忠実に、主人は雇人を一家族と思へ」(「同上」四九八頁小津家「家憲」)等参照。
 (175) 菊池前掲「労働法」一四〇頁。

三 今や、我々は明治前期の継続的普通労働供給契約が、契約成立の効力として債権法上の効力と並んで、身分法上の権利義務関係を伴なうこと、及び後者が封建法上の主人・臣従の如き関係、或いは家族法上の家長・家族の如き関係に基づいたものであったということを知った。

ところで、以下では債権法上の権利義務関係と、身分法上の権利義務関係の両者を区別し、これ等の具体的内容を検討することにするが、勿論これ等両者を厳密に区別することは容易でない。明治前期の雇傭契約では、これ等について規定した直接的な法律が存せず、契約証書たる奉公人請状も又甚だ不完全であり、加うるに、雇傭契約の進展に伴ない、後者は前者によって次第にその範囲を奪われたからである。⁽¹⁷⁶⁾ 故に、私が両者を区別して論ぜんとすることは、或いは相當な危険を犯すことにもなりかねない。しかし、私はかくすることにより、明治前期の雇傭契約が、如何なる程度に身分法的な分子を伴っていたかを最も明瞭に把握し得ると思う故、かかる危険を敢えて試みるのである。

(176) 金田博士は、徳川時代の雇傭契約につき、「元禄時代以後は、奉公契約は債権法的色彩のみ甚だ濃厚となり、身分法的忠誠義務が奉公契約の効果として生じ、或は当然に生ずるものとの一般觀念が次第に少くなつて行つた」(前掲「徳川時代に於ける雇傭法の研究」(第四一巻八号)二二三頁以下参照)と指摘し、結論として、「徳川時代の雇傭は、本論に於て述べた様に雇傭期間の通減に關聯しつゝ、その内容から身分法的な分子が次第に失はれ典型的な債権契約に接近する傾向を示してゐる」(「同上」(第四一巻十号)一四三頁)と述べられているが、明治前期の雇傭に關しても、既に本節に指摘したところからでも明かなる如く、次第に身分法的色彩が失われつつあった。

(A) 債権法上の効力

契約成立に伴なつて發生する債権法上の効力は、雇傭契約証書たる奉公人請状に記載されるを通常とし、それは契

約内容によって自ら多少の差異を有した。

以下においては、雇傭契約締結の主たる目的たる被傭者の労務供給義務と、これに対する雇傭者の給金支払義務、及び特殊技術教授義務のみについて考察する。

(甲) 被傭者の義務—労務供給義務^(m)

雇傭契約成立の結果、被傭者が雇傭者に対して負担する労務の供給は、契約締結の原因をなすものである。即ち、これは雇傭契約の主たる内容で、契約成立により直接発生する被傭者の義務である。故に、それは雇傭者の負担する報酬支払義務と雙務関係に立ち、かかる意味において、明治前期の雇傭契約は、飽迄債權契約にして、封建法上の主従契約、或いは親族法上の婚姻契約・縁組契約等とは厳密に区別されねばならない。

労務の種類、並びに範圍に関しては既に述べた。唯注意すべきは、被傭者の提供する労務供給は、身分法的關係を伴った雇傭契約では、それが伴なう身分的關係の内容を前提理念として行わねばならないということ、換言すれば、労務は身分と切離された一の抽象的な觀念とはならず、封建的な身分關係を伴った時代にあつては、従者・臣下たるが如き身分に基づきこれが労務に従事し、又、家族的な身分關係を伴った時代にあつては、家族たる身分に基づいてこれが労務を提供しなければならないということ、及び、身分的效果の一つとされる同居義務負担は、雇傭者の家政事務と營業事務の區別を判明せしめず、たとえ、弟子奉公契約においても、屢々家事的雑務を強いられ、それが必ずしも契約違反と解されなかったということである。

被傭者は雇傭者の承諾なくして、第三者をして自己に代りて労務に服せしめ得なかつたであらうことは、たとえ、抱へべき法令が存しなくとも明かである。然らば、承諾ある場合は如何。これに関しては、如何に相信關係の強調されねばならない継続的契約關係であり、なお且身分的色彩を帯びた明治前期の雇傭契約でも、法令、或いはそれに準ずる根拠なくして、一概に消極的に解することは危険ではなからうか。なお、多くの奉公人請状に見られるところで

あるが、身元保証人は被備者が「永煩」・「逃亡」・「乳汁不足」等により、被備者自身労務に服し得なくなつた場合、雇傭者の請求に基づき、代人を差出さねばならない義務が存したが、これは身元保証人の担保義務の履行であつて、上述の如き場合とは全く異なるものである。

然らば、逆に雇傭者は被備者の承諾を得て、或いはそれ無くして、労務請求権を第三者に譲渡し得たであらうか。これ又抱へべき法令が存しない。しかし、弟子奉公契約について、それが労務の貸借は、或いは地方的な慣習に過ぎなかつたかも知れないが、適法に行われたらしい。しかし、それが被備者の承諾を得て行われたか、或いは承諾なくして行ひ得たかは明かでない。即ち、武蔵国豊島郡の旧例は、唯「人力貸借ハ工職棟梁ノ内繁緩ニ応シ互ニ其弟子貸借スル事アリ。年季中ノ弟子ヲ借受ルクトキハ相当ノ謝料ヲ給シ……」⁽¹⁷⁹⁾とあるのみである。

これを要するに、継続的契約関係は、交換型契約関係と異つた遙かに多くの相互信頼性を要求し、その限り、当事者が何人であるかが極めて重要な問題であり、又、特に身分的従属関係を伴ない、その相信関係が一層鞏固であつた明治前期の雇傭契約では、第三者の地位、或いは労務請求権譲渡というが如き問題は、未だ全然考慮する必要がなかつたのではなからうか。即ち、かかる問題が雇傭契約考究に際し採上げられるためには、雇傭契約における労務が、一応身分と切り離され一つの抽象的な觀念となること、換言すれば、雇傭契約が一層債権契約に純化されることが前提条件であつたのではなからうか。「旧刑法」は、又これ等の問題につき、何等の規定をも設けていない。

(177) 労務供給義務以外の被備者の債権法上の義務としては、(イ) 秘密保守の義務 (ロ) 職業禁止義務等が一般的なものとして掲げ得る。前者に関しては、前掲「丁稚制度の研究」七四頁所掲「十合呉服店 誓書」、同「家恵正鑑」二六四頁所掲「佳友家雇人訓則」等を、後者に関しては、註(17)所引「諸証文ノ變形ヲ定ムル件」所収「年季奉公人請狀之事」、前掲「十合呉服店 誓書」等参照。

(178) 註(17)、(18)、(19)所引各種請狀参照。

(179) 前掲「全国民事慣例類集」二八九頁。

(乙) 雇傭者の義務

一 給金支払義務

徳川時代の奉公契約において、奉公人が自己の提供する労務、その他の義務に対し、雇傭者から受ける各種の給付は、総てローマ法の所謂自然債務の体様において存立するに過ぎなかった。これは奉公人は未だ原則として民事上においても、雇傭者を訴えることが許されなかったからである。故に、奉公契約の主たる内容たる給金支払の義務さえ、なお訴権を伴わない債務に過ぎなかった。

然らば、明治前期においては如何。維新当初には何等見るべき資料なく、依然自然債務なりしや、或いは完全債務に変化していたかは明かでない。若し、主従的身分関係の併発が、被傭者に民事上の訴権を与えない原因であったとすれば、「公事方御定書」、及び「假刑律」が効力を有した時代は、給金支払義務は当然自然債務の体様をもったものであったと推測し得べきであるが、若し然らずとすれば、全く不明である。しかし、後述する如く、明治六年頃から雇傭者のこの義務は、明かに責任を伴った債務となり、被傭者は雇傭者の給金支払義務不履行に対し、訴権をもつて臨むことが許された。

給金支払義務は、平常奉公契約では、契約締結の主なる内容をなすものである。勿論、弟子奉公契約でも、通勤給料制の被傭者、及び中年者の如きについては、給金の受領が雇傭者より受くる反対給付の重要部分と見做されたであらう。⁽¹⁸³⁾

なお給金の支払は、原則として被傭者の提供する労務と、対価的牽連関係に立つものであるが、大審院二十一年の「俸給ハ必スシモ勞働ニ因テ生セス契約アレバ一時直チニ之ヲ請求スルヲ得」という判決⁽¹⁸³⁾に見られる如く、契約内容如何によつては、個々の給付対給付の關係に立たざる場合も起つたであらう。

給金給付の時期・方法等に関しては、既に述べた。

なお、明治六年三月二十五日司法省第四十三号布達⁽¹⁸⁴⁾によれば、被備者の給金につき、「金穀等可相渡期限ニ臨ミ渡方延滞致候節ハ其期限ノ日且期限ナクシテ金穀入用次第相渡旨ノ約定ヲ為シタル分ハ渡方ノ掛合ヲ受候日ヨリ何レモ利息ヲ生シ可申筋ニ付其節ハ雙方示談ヲ以テ利息ノ歩合等ヲ定メ証書ヲ受取渡シ致スヘシ若シ其儀ナクシテ追テ訴訟ニ及フ時ハ明治六年第九十二号布告⁽¹⁸⁵⁾ニ因リ処分致シ候条此旨可相心得候事」とあり、金穀等の渡方が延滞した場合、及び無期限の約定をなした場合に關して、被備者の給金の利息を処分する方法を定めている。しかし、この布達には、翌七年司法省第二十二号達により、次の如き但書が附加され、それが適用の範圍が明確にされると共に、一定の制限が設けられることになった。即ち、「但債主利息ヲ請求シテ負債者承諾セサル時ニ限り本文ノ処分ニ及フ可シ若シ雙方示談整フカ又ハ債主ニ於テ請求ヲ為サ、ル分ハ此限ニアラス⁽¹⁸⁶⁾」と。

明治六年十一月五日には、給金等に關して出訴期限規則が定められているが、それによれば、「一ヶ年期ニテノ奉公人給料」は、「一ヶ年限」、「七ヶ年期ニテノ奉公人給料」は「五ヶ年限」となっている。

「旧民法」によれば、第二百六十条に、「使用人番頭手代職工其他ノ雇傭者ハ年月又ハ日ヲ以テ定メタル給料又ハ賃銀ヲ受ケテ勞務ニ服スルコトヲ得」とあり、給金給付が雇傭契約締結の主たる内容たることを推定せしめているが、それが支払の時期等については、全然規定が存しない。習業契約については給金に關する規定存せず、總てが当事者間の契約、或いは慣習に委ねられたと解すべきであらう（財産取得編第二百六十九条参照）。

(180) 本節(II) 四参照。

(181) 徳川時代において、奉公人の受くる反対給付の主たるものは、給金、即ち金銭であったが、切米の場合も存したらしい。

明治前期においても、反対給付が給金にあらずして給米であったことも存するのではなからうか。特に農家傭入の被備者については、明かに給米の場合が見られたであらう。明治六年七月十七日の「訴答文例」(註24)は、その第三項に、「奉公人又ハ弟子奉公人ノ者等其主人師匠ヨリ受取ル可キ給米金淹滞ノ訴状モ……」とあるが、この「給米金」は反対給付の單なる代名詞に過ぎないものであらうか。

(107) 前掲「丁稚制度の研究」六四—六七頁。

(108) 「東京控訴院明治廿一年第五百六十二号年俸金契約履行請求權」(「裁判雜誌」(明治二十一年)第一卷二六六頁)。

(109) 「金穀等渡方延滞及無限ノ約定ヲナシタル分利足処分方」(「法令全書」明治六年一七二四頁)。

(110) 明治六年第九十二号布告とは利息制限法(年六分)である。

(111) 「法令全書」明治七年一三四九頁。

(112) 「同上」明治六年五六七頁。

二 特殊技術教授義務

弟子奉公契約においては、通常、特殊技術の教授が雇傭者の負担する義務のうち最も主たるものであった。即ち、これは被傭者の提供する労務と対価的地位に立ち、契約締結の主たる内容をなすのであった。

しかし、注意すべきは、この特殊技術教授の義務は、前述平常奉公契約における雇傭者の主たる義務たる給金支払義務とは異なり、明治六年頃迄は勿論、それ以後明治前期全体を通じて、なお責任を伴った債務、即ち、完全債務となり得なかつたであらう。⁽¹¹³⁾換言すれば、この義務の不履行、或いは不完全履行に対し、被傭者は明治前期全般を通じて、訴権をもつて対抗し得なかつたであらう。

「旧民法」は、「工業人、工匠又ハ商人ハ習業契約ヲ以テ習業者ニ自己ノ職業上ノ知識ト実験トヲ伝授シ習業者は其人ノ労務ニ助力スルコトヲ得」(財産取得編第二百六十七条)と定め、「職業上ノ知識ト実験」という特殊技術の教授が、契約締結の主目的たることを明かにしていると共に、「師匠又ハ親方ハ習業者ニ其習業契約ノ目的タル職業ヲ学フコトヲ得セシムル為メ必要ナル時間ヲ与ヘ世話ヲ為シ及ヒ諸般ノ便利ヲ図ルコトヲ要ス……」(同上第二百七十条)と規定し、雇傭者の負担する特殊技術教授の義務を強行法規たらしめ、もつて完全債務となしている。

(113) 特殊技術教授の義務は、給金支払義務における如く、明確な範囲と内容を持つものではない。即ち、この義務が完全に履行されたや否やは、容易に判断し得ない。故に、被傭者は如何なる内容・範囲においてそれが行われたにしても、直ちに債務不履行をもつて雇傭者に対抗することは許されない。かくして、それは完全債務とならず、常に自然債務たる性質を有するの

である。戒能教授が、現行民法の解釈に当り、「通説は技術の教授も報酬となり得ると説いて居るけれども、斯の如き曖昧な関係を雇傭法の一部とみるよりは、前雇傭法的な関係として法学上の考慮を加えた方が妥当であらう」(前掲「債権各論」三〇頁)と述べているのは、蓋し適切である。

(B) 身分法上の効力

既に明らかにした如く、明治前期の雇傭契約は、「公事方御定書」・「仮刑律」の有効な時代は、主として封建法上の主従の如き身分関係を、「新律綱領」・「改定律例」の施行された時代には、封建的色彩消滅の結果、唯家族法上における家長・家族間における如き身分関係のみを、「旧刑法」施行以後の時代においては、既に法令上では左程鞏固な身分関係存在の根拠は見出し得ないにしても、なお慣習法的に家族法的な身分関係を伴っていたのである。故に、契約当事者たる雇傭者、及び被傭者は、契約成立に伴ない自己の取得する夫々の身分に応じ、身分法上の権利、及び義務を取得、或いは負担することになる。しかし、かかる身分法上の権利義務は、封建法上の主従契約、或いは家族法上の諸契約における如く、契約締結の目的たるものではない。それは飽迄、契約成立後の効果に過ぎなかった。

(甲) 被傭者の義務

一 包括的義務

被傭者が、主従契約における臣従の如き身分を取得する場合は忠誠義務が、又、家族法上に於ける家族の如き地位を取得する場合は忠実義務が、身分法上の包括的義務となる。

しかし、これ等二つの包括的義務は、それが名称によつても明かなる如く、決して截然と区別し得るものではない。これ、被傭者は家族法上における家族の如き地位取得により、雇傭者(家長)の保護の下に立つ場合においても、なお、雇傭者に対しては或る程度の忠勤を励まなければならなかったからである。しかして、これは我が国古来の家族

法上に見られた封建的色彩、並びに身分關係が、債權法的關係の如く、法律改廢によつて一朝にして變化し得るものでないということを併せ考える場合、容易に領けることである。特に雇傭者・被傭者の關係が如何に家長・家族の關係に類似するとは言え、何等の血の繋りをも有しない間柄であつたことを考えると当然のことであらう。

なお、忠誠義務より忠実義務に變化した身分法上の包括的義務は、雇傭契約における家族法的分子の消滅するに伴ない、又家族法上における封建的色彩の消滅するに従ひ、次第に薄弱なものとなつたが、それは雇傭契約に身分的分子が随伴する限り、永久に完全に拭去されることはなかつたと解すべきであらう。

最後に注意すべきは、かかる包括的な身分法上の義務は、契約の成立、或いは終了に伴ない、被傭者の負担する總ての個別的な義務・責任の根柢をなし、個別的な身分法上の義務、及び公法上の責任が、かかる義務の具體的な露露であつたことは勿論、債權法上の義務でさえ、なおこれを前提理念として履行されねばならなかつた。

(圖) 忠実義務という名称は、法令上に見られるものではない。それは家憲等に屢々掲げられているところより(木稿註所引各家の「家憲」・「店則」・「營業規則」等参照)、忠誠義務と區別するために、私が假に名附けた名稱に過ぎない。

二 同居義務

明治前期においても、契約成立に伴ない、被傭者は雇傭者自身の居宅に引越すのが原則であつた。これは被傭者が雇傭者と完全な身分的な關係、特に家族法上の關係によつて結合される以上、当然負担しなければならない義務であり、かかるゆえをもつて、私はこれを身分法上の効果と見做している。

しかし、前時代においても、この義務が弟子奉公契約においては、奉公關係存続の絶対要件でなかつたと同様、この時代においても、それは又絶対的に要請せられたわけではない。否、それは益々要件たるの性質を失つていく傾向にあつた。即ち、明治前期に次第に採用し始められた弟子奉公契約における通勤給料制は、徳川時代に別家の場合以外、原則としてこの義務を負担せしめたに對し、一層かかる義務の存しない場合を拡大したのである。⁽¹⁹⁾しかし、平常

奉公契約においては勿論、仕著別家制に基く弟子奉公契約では、別家以外にはなお同居の義務が存し、被傭者は完全に傭者の身分法的支配に入った。

かくして、前時代における如く、若し給金を請取りながら引越の義務を履行しない被傭者に対し、「敲」の刑を科するといった如きことは行われなかったにしても、この義務の存する被傭者が主家より逃亡する場合は、「新律綱領」の「改定律例」が施行された期間内では、「笞三十」(新律綱領「逃亡奴婢」)の刑に処せられた。

なお、被傭者に同居の義務が存しない場合でも、傭者に居所指定の権が存し、被傭者はそれが指図に従わねばならなかったことは、身分法的な関係を伴った明治前期の傭契約では、当然のことであつたらう。しかして、かかる義務の存在は、継続的普通労務供給契約をして、専ら労務の提供を目的とする債権契約に純化せしめ得ない、最も大なる障礙をなしたのであらう。

「旧民法」は、同居義務に関し何等の規定も設けていない。しかし、習業契約における第二百七十条の規定は、被傭者に当然この義務の存したことを予測せしめる。

(180) 前掲「丁稚制度の研究」六四・五頁。

(191) 註(57)所引明治六年十二月廿四日の京都裁判所伺参照。

(192) 太政官布告(明治十年十一月二日)第七十六号は「改定律例第十九条、第二十条、第二十一条並逃亡律例……都て削除シ候条此旨布告候事」とあり、「新律綱領」の「改定律例」が「旧民法」の施行によつて効力を失なう以前に逃亡律例は削除されたが(「刑事類纂」続編一四五頁)、明治十年十一月二十七日の大分県伺「本年第七十六号ヲ以逃亡律例削除セラレ候旨御布告有之右ハ逃亡律例及ヒ奴婢逃亡律例共削除セラレ候儀ト了解致候就テハ逃亡人有之候共一切不問ニ置キ候儀哉或ハ改定律例第九十九条ニ依リ処分可致哉」(「同上」一五四頁)というに対し、同年十二月十四日の司法省指令(第五十六号)は、「同之趣逃亡律例都て削除ニ付一切不問ニ置ク但奴婢逃亡律ハ削除ノ限ニアラス」(同上)とある故、これは「旧民法」施行迄効力を有したと解される。

三 傭者の私的制裁に服する義務

封建法上の主従的な身分關係を伴つた徳川時代の奉公契約では、奉公人は主人の有する一定の私的制裁、即ち私的刑罰權、及び懲戒權に服する義務を負つた。

然らば、身分的な關係が封建法的なものの消滅により、家族法的なものを顯著に露呈し始めた明治前期では、それは如何に変化したか。

先ず、私的刑罰權について見るに、徳川時代には奉公人が重罪を犯した場合、主人に対し「下人手討」の權さへ許容された場合も存し、又、それ以外でも、『下女下男之密通主人え引渡遺す』・「他之家来又ハ町人等下女と致密通忍入候もの男は江戸私女は主人え可為致心次第」等、明かに雇傭者の私的刑罰權を認め、更に、これが名残と目される主人の奉公人仕置に際する宥恕願は、屢々行われた形跡を残している。

しかし、維新以後には、「公事方御定書」は別として、既に多少の家族法的身分關係存在の根柢を与えていた「假刑律」、及び家族法的な身分關係に支配されていた「新律綱領」・「改定律例」においては、雇傭者は被傭者の犯罪に對し、私的刑罰をもつて臨むことは許されなかつた。換言すれば、封建法的な忠誠義務は、個別的な身分法上の義務として、私的刑罰權に服する義務を含んでいたが、家族法的な忠實義務は、既にかかる義務を個別的な身分法上の義務として包含していなかつたのである。「假刑律」によれば、『若奉公人惡事有テ毆折傷ニアラサレハ無^レ論折傷以上ニ至ルハ凡人罪ニ等ヲ減因テ死ニ至ル〔笞百〕徒三年恩義深キモノハ猶一等ヲ減ス故殺スルハ刎首……』（「主人ヲ毆^レ」）とあり、「新律綱領」では、『凡奴婢。死罪ヲ犯スニ。家長。官ニ告ケス。擅ニ殺ス者ハ。杖七十。』（「殺^ニ奴婢^ニ」）と、又、『改定律例』では、『凡雇人。死罪ヲ犯スニ。家長。官ニ告ケス。擅ニ殺ス者ハ。懲役八十日。』（「改正殺雇人律」第百八十條）とある。これは復讐の權さえ極度に制限し、總ての刑罰を國家司法權の發動によつて行わんと試みた、新政府編纂の刑法典では當然のことで、雇傭者が敢えて私的刑罰權を行使した場合、それは却つて犯罪として処罰されたのである。かくして、明治初期の雇傭法では封建法の主従的な身分從屬關係は、著しくその

影をひそめたのである。

次に、懲戒権について見るに、前時代に雇傭者は奉公人の日常生活における過怠、或いは雇傭者への不誠実等に対し、初めより懲戒権を行使する権限を有したが、かかる権は、明治前期においてもなお雇傭者に附与されていた。即ち、被傭者は臣従、或いは家族の地位に立って雇傭者たる主人・家長の懲戒に服さねばならなかった。「仮刑律」に見える前掲「若奉公人惡事有ヲ毆折傷ニアラサレハ無^レ論」という規定、及び「新律綱領」の「若し家長。雇人ヲ毆ツハ。折傷ニ非レハ。論スル事勿レ。」（「殺^二奴婢^一」）という規定は、懲戒権許与に対する法的根拠を明示したものであらう。しかし、勿論この懲戒が主人・家長の臣従、家族に対する人倫関係を無視した過度のものである場合は、犯罪とされたであらう。

懲戒の行われた原因、並びにその方法は、前時代のそれ等と殆んど異なることなく、前者は非常に広範圍に亘り、後者は各種のものが用いられた。唯、ここで特に指摘しておきたいことは、明治前期には懲戒の方法が、被傭者の身体に対するものより、次第に財産的なものに対するものへと、移行する傾向を有していたと言ふことである。⁽¹⁹⁾

「旧刑法」では、雇傭者の私的刑罰権行使に関する法的根拠は勿論、懲戒権執行に対す法律規定も存しない。又、「旧民法」も、懲戒権については何等の規定も設けていない。しかし、「旧刑法」施行後においても、なお家族的身分関係を多少なりとも伴なっていた雇傭契約、特に習業契約では、被傭者にかかる権に服する義務の存したことは言を俟たない。

(19) 復讐に関しては、前掲「法規分類大全」一二六頁以下、及び同「統明治法制叢考」一九—三頁・四三—四六頁参照。なお、刑法律務局元年正月二十三日達（前掲「法規分類大全」五二九頁所掲）参照。

(19) 懲戒の行われた原因としては、主家の家憲・家法・店則等に背く場合（前掲「家憲正鑑」所収各家の「家憲」等参照）、契約証書たる請狀に記載された被傭者の義務に違反する場合（前掲「丁稚制度の研究」三八頁所引十合呉服店「引請証書」等参照）、及び雇傭者たる主人の日々の命令に背く場合（同上「習書」等参照）等、非常に広範圍に亘った。又、それが方法とし

ては、「誼撰」・「降等」・「預ケ」(「禁足」)・「没収」・「放逐」等が極く一般に行われ(「同上」三三頁、前掲「商事慣例類集」、及び「家憲正鑑」所収各家の「家憲」・「店則」等参照)、その他丁稚奉公においては、別家の期を延すること(同上)、放逐により一旦主家を去つたものを仲間内にて全く雇はざること(同上)、賞与金・積立金等のある商家では、これが減額若くは没収等が行われ(前掲「家憲正鑑」五三五頁所掲阿部家「店則」、「同上」五四六頁所掲平尾家「營業規則」、前掲「明治維新と商家心得書」二三三頁所掲「家風改正書」等参照)、又ある場合には、休息日を取上げることも行われた(前掲阿部家「店則」参照)。

(95) 前註参照。

(乙) 雇傭者の義務

一 包括的義務

雇傭契約の成立に伴ない、雇傭者が封建法上の主君の如き身分を取得する場合、彼は被傭者の負担する忠誠義務に對し、恩恵を施さねばならない。又、雇傭者が家族法上の家長の如き地位に立つ場合、被傭者に対して家長的保護を与えなければならない。

雇傭者の負担するこれ等恩恵、及び保護の兩義務は、容易に區別しがたい概念ではあるが、そこには多少の差異の存したことも否めない。即ち、恩恵義務は身分法上の包括的義務とは言え、甚だしく道德的義務たる色彩が強く、従つてそれは雇傭者の人格・意思等主觀的事情に左右され勝であつたに反し、家長的保護義務は、純身分法上の義務として、法律的義務たる色彩強く、従つて、それは必ずしも雇傭者の人格・意思等主觀的なものによつてのみ左右されることなく、雇傭者、即ち家長たる身分取得により、当然発生する傾向を有していた。換言すれば、兩者何れも雇傭者の義務であると共に權利であつたが、前者は後者に比し、權利たる面が強く、後者は前者に比し、義務たる面が強かつたと言えよう。

なお、かかる包括的な身分法上の義務が、契約成立に伴ない、又は終了の結果雇傭者の負担する各種の個別的な義

務・責任の根拠をなしたことは、被備者の負う包括的義務の場合と異ならない。

(196) 恩恵義務に対する保護義務なる名称も、又私の仮称に過ぎない（本稿註所掲各家の「家憲」・「店則」・「営業規則」等参照）。

二 生活保証義務

明治前期の雇傭契約でも、雇傭者は原則として被備者に対し、衣食住その他生活に必要な諸物品を供給し、又、疾病負傷等の場合はこれを看護する義務を負った。

ところで、この義務は主君或いは家長たる如き身分取得により、雇傭者が身分法上の包括的義務たる恩恵、或いは保護の義務に基づき当然履行せねばならないもので、通常被備者が同居義務を負う場合、最も完全な形で行われたが、なお、身分法的結合の強弱、換言すれば、被備者に渡される給金額の多寡が、その義務の濃淡、及びそれが範囲の広狭に、多大の影響を与えたことを忘れてはならない。

即ち、野村兼太郎博士所引の明治当初に於ける某商家の「条目追加部」⁽¹⁹⁷⁾によれば、「一 新参若者児共等は是迄諸向之世話與ニ而致来候処今般改正相成候上は銘々給分を以自分當可申は勿論ニ候得共口者ふ行届ニ相成可申重立候者ニ割合、衣類其外当人ふ行届ノ義ハ心付遣シ世話致遣候様可仕候、尤当人月給を以仕払致遣シ可申候、万一臨時無抱入用有之、給分ニ而ふ足致候節有之候ハ、其段帳場ニ而購遣シ可中間、纔之者たりとも助成ニ而調遣候事仕間敷候、一同之風儀ニ付其旨相心得世話致遣可申候事」とあり、又、商家雇入における折衷制の採用が、「主家に宿泊せる十八九才の若者に対し六七円乃至十一・二円内外の給料を与へ衣服費を店員の自弁と為⁽¹⁹⁸⁾」⁽¹⁹⁹⁾さしめ、通勤給料制による契約締結が、「店員の生活費は固り其教育費・治療費・娯楽費等自弁にして只給仕或は見習店員に対しては大抵被服を給⁽²⁰⁰⁾」せしめていたことは、かかる推測を基礎附けるものであらう。

なお、生活保証義務のうち、衣食の供給義務が、雇傭者にとり債權法上の義務となっていた場合が存する。衣類に

ついては註(17)所引の「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所掲の「年季奉公人請狀之事」に、「御仕着之儀ハ、夏冬木綿衣類袴枚ツ、被下候」とあり、又、同註所引の「官民必携書式文例大全」所掲の「職業修業請狀」にも、同様「仕着之儀ハ二季ニ被下候御約定ニ御座候」とあり、食物については、同註所引の「開化文章大成」所収の「年季奉公人請狀」に、「私方ヨリ御暇相願候節者如規則一ヶ月何程ツ、之飯料^{飯料}純度償弁可致候」とあるところより窺われる。しかし、勿論かかる義務が、債權法上の義務として、契約証書たる請狀に掲げられてあるからとて、直ちにそれが訴權を伴った完全債務であつたとは思われない。即ち、それは寧ろ慣習的に掲げられた文言と見做され、被備者はこの義務の不履行、或いは不完全履行に対し、直ちに訴權をもつて對抗し得たとは考えられない。

なお、生活保証義務を雇備者が負担する限り、その内容、及び履行の方法等、前時代のもものが殆んどそのまま慣習的に踏襲せられたであらう。⁽²⁰⁰⁾

「旧民法」には、習業契約につき左の如き規定が存す。即ち、第二百七十条に、「師匠又ハ親方ハ習業者ニ衣食及ヒ職業ノ器具ヲ与ヘ且日常ノ使用ニ足ラシムルコトヲ要ス但反対ノ合意ナク且地方ノ慣習ノ此ニ異ナラサルトキニ限ル」という任意法規を設けている。

(197) 野村兼太郎「明治維新の商家の心得書」(「史学」第一五卷一号所収)六九・七〇頁。

(198) 前掲「丁稚制度の研究」六七頁。

(199) 「同上」六四頁。

(200) 「同上」六一・二頁。

三 一般教養附与義務

雇備者は、契約締結の結果取得する身分法上の地位に基づき、被備者を訓育指導しなければならない。即ち、「主人は一家の模範⁽²⁰¹⁾」となり、「徳行を以て家人を率ひ雇人を指導して其の徳に化せしめ⁽²⁰²⁾」る義務を負った。これは、前述特殊技術教授の義務と異なり、弟子奉公契約においてのみならず、平常奉公契約でも要請せられたところであり、

女中奉公等では、この一般教養習得が契約締結の目的と見做された場合さえ存した。⁽²⁰²⁾

「旧民法」は、習業契約につき、「未成年者カ未タ算筆ヲ知ラサルトキハ師匠又ハ親方ハ何等ノ反対ノ合意アルモ習業者ニ算筆修習ノ為メ休憩時間外ニ於テ毎日少クトモ一時間ヲ与フルコトヲ要ス」(財産取得編第二百七十条)と規定し、未教育の未成年者に対し、一般教養附与の義務を、強行法規として定めている。

(201) 前掲「家憲正監」二五九頁所掲安田家「家訓の銘」。

(202) 「同上」三五〇頁所掲浜口家「家憲の実行」六。

(203) 「人の妻にといひては未だ与之助が事情をしるまじき彼の娘が応とはかならず言ふまじければ行儀見習ひもをかしけれど何とか名をつけて華族がたの大奥にでも一時の御奉公に出だすか……」(樋口一葉「花ごもり」(明治二十七年二月発表))「現代日本文学全集」所収) 八三頁、「御奉公とても小商人小官吏などの娘小供はなくよしある嬢さまの方の上つ方を見習ひにお上り遊ばすなればお行儀はもとより志しがあらば諸芸に通じる事もなりて……」(同上)、「もとより奉公などいふでは無く奥様に細工ものでも習ふ料簡にて行くも宜けれど……」(「同上」八四頁)等参照。

四 損害賠償義務

被備者の行為により、雇備者に損害を与えた場合、被備者自身は原則として、これが賠償の責に任ずることはなかった。雇備者・被雇備者の関係が、主人・臣従、或いは家長・家族の如き身分的結合関係にあったと解される明治前期の雇備契約では当然で、この賠償の義務は、通常被備者の身元保証人たる請人・人主が負担した。⁽²⁰⁴⁾

しかし、被備者に不正の行為があり、それが甚だしい場合、その損害の担保として被備者の所持品を没収し、もって雇備者の損失を填補するというが如き程度⁽²⁰⁵⁾のことは、前時代と同様行われたらしい。しかし、これは厳密な意味においては、債権法上の損害賠償というより、寧ろ雇備者に与えられた身分法上の権利たる私的制裁の一つの現われとして行われたであらう。

然らば、次に被備者の第三者に対する不法行為により損害が発生した場合、雇備者は被備者に代って、これが損害

を賠償する義務が存したか。

「治罪法」の規定によれば、「民事担当人ハ始審終審ヲ問ハス何時ニテモ其訴訟ニ関係スル事ヲ得又民事原告人ハ民事担当人ヲシテ其訴訟ニ関係セシムル事ヲ得……」（第三百三条）とあり、明治十四年十二月二十八日の第七十三号布告は、この「治罪法」の民事担当人の範囲を、『一 未丁年者ノ父若クハ母又ハ同居ノ親屬ニシテ監督ヲ為ス者 二 夫タル者 三 白痴癡癲人ノ保管者 四 雇主但雇人其雇主ノ命シタル事件ヲ行フ時』とある。即ち、この二つの法令より、我々は次の如きことを推測し得る。雇主たるものは雇人が、自己の命じたる事件を行う場合は、雇人に代つて何時なりとも訴訟当事者となることが出来、又、民事原告人はかかる場合、雇人に代つて雇主を被告として訴訟をなすことが可能であつた。それ故、若し第三者が自己に不法行為をなした被備者自身に対し、損害賠償の請求をなす代りに、その雇主に対しその請求をなし得た。即ち、被備者の第三者に対する不法行為により損害を生じた場合、雇備者はそれが自己の命じたる事件である限りは、被備者に代つて損害賠償の責に任ぜねばならなかつた。

然らば、「雇主ノ命シタル事件ヲ行フ時」とは、如何なる場合を称するのであらうか。明治二十年の大審院の見解に従えば、それは「雇主ノ命シタル事務執行ノ進路範囲内」にあることを要したらしく、この進路範囲内において、被命事件を行う目的をもってなされた所爲であり限りは、雇人の故意・過失等一切を問わず、總て雇主に損害賠償の義務が存したのである。即ち、「若シ其進路範囲内ニ於テ被命ノ事件ヲ行フ目的ヲ以テナシタル所爲ナル時ハ雇人ノ過失懈怠ニ基ク時ハ勿論其故意ニ出テタル時ト雖モ雇主其責アリ其所爲假令雇人ノ故意ニ出テ雇主ノ認許賛成スルモノニ非ラサルノミカ其禁止シタル者ト雖モ苟クモ被命事件執行ノ進路範囲内ニ於テ被命事件ヲ行フ目的ヲ以テナシタル者ナル時ハ雇主之ヲ監督制御スルノ權利義務アルヲ以テ民事担当人ノ責アルナリ」というのが、大審院の意図するところであつた。

これを要するに、大審院の見解に従えば、被備者の行為全般に関して、結果責任主義が採用せられているのではな

いにしても、少くとも「雇主ノ命シタル事件ヲ行フ時」には、結果責任主義が採用せられていたと言うことになる。

次に、雇主にかかる責任を負担せしめた根拠、即ち、それが立法理由を誤ねるに、勿論詳細は知り得ないが、判決に現われたところより推察するに、「抑モ民事担当人ノ責任アル所以ハ他人ノ所為の監督制御スルノ権ヲ有スルニ基キタル者ナレハ此精神ヲ以テ該規則ヲ解釈セサルヘカラス雇主ハ悉ク其雇人ノ所為ヲ監督制御スルノ権利ナク又世上一般ニ対シ悉ク其所為ヲ監督制御スルノ義務ナク只其委任ノ一部ニ関シテノミ当人ニ対シ監督ノ権利ヲ有シ世上ニ対シ監督ノ義務ヲ負フ者ニシテ畢竟雇主雇人ノ位地関係ヨリ生スル者ナレハ雇人ノ所為ニシテ雇主雇人ノ関係外ニ涉ラハ雇主ハ民事担当人タルノ資格ナク從テ之ニ附屬スル責任ヲ負フコトナシ」とあり、これを上掲結果責任主義の採用と併せ考察する場合、その立法理由は、現行民法第七百十五條の立法理由と一般に解されている、他人を使用し自己の活動範圍を拡張し、それだけ多くの利益をうける者は、その範圍における責任を当然負うべきであるといった、全く政策的公平の見地よりの要請によるものではなく、被命事件執行の進路範圍内における雇人を、宛かも家長の支配下における家族の如く見做し、雇主たる家長に、これが「監督制御」の義務が存したからではなからうか。換言すれば、雇主の損害賠償義務は、家長なる身分法上の地位取得により当然生ずるものであり、かくして、私はこれを雇傭者の身分法上の義務の項に挿入したわけである。なお、かかる推論は、上掲第七十三号布告の他の民事担当人について窺うことにより、一層基礎附けられるのではなからうか。

次に、雇主の賠償額の範圍の問題であるが、これ又大審院の見解に従えば、雇人が他人と共に謀し、実物なき物品を記載した荷物受渡証・荷物送状を偽造し、第三者を欺罔して抵当に差入れ金銭を借り入れた事件につき、「然ルニ控訴人ハ仮ニ本訴ノ請求ニ応スヘキ義務アリトスルモ元金ヲ償フニ止ルヘキモノニシテ之ニ利子ヲ附スルハ不当ナル旨論スレドモ凡要償ノ義務ハ現ニ失ヘル損害ト其當ニ得ヘキ利益トヲ償フニアルヲ以テ被控訴人カ制限法ニ越ヘタル利子ハ之ヲ引直シ本訴ノ金額ヲ要求スルハ不当ナラス」と判決し、もって、雇主要償の範圍を現に失える損害（積極

的損害)のみならず、その当に得べき利益(消極的損害)にも及ぶことを明言している。

然らば、雇傭者は第三者に対して、被傭者に代って損害を賠償した場合、如何なる者に対し、これが求償の権利を有したか。雇傭者の損害賠償義務発生の根拠を、上述の如く解する限り、被傭者自身に対しては求償権を一般に行使し得なかつたであらう。⁽²¹⁰⁾雇傭契約に身元保証契約が随伴しない場合は別として、これが随伴する限り、雇主が先ず求償権を行使し得た相手は、被傭者の不法行為に対し、『諸事引受』・『毛頭迷惑』⁽²¹²⁾を掛けないことを約していた、身元保証人であつたのではなからうか。

最後に、同一の雇主のもとにおいて、一人の雇人が他の雇人に損害を与えた場合、雇主の損害賠償責任は如何に取扱われたか。周知の如く、これは現行民法で第三者とは如何なる範囲の者であるかの問題として争のあるところであるが、明治前期には、この問題が如何に取扱われたかは明かでない。しかし、強いて推測を下せば、身分法的従属関係に支配されていた明治前期の雇傭契約では、恐らく、かかる場合は、雇主には何等の賠償責任も生じなかつたであらう。

「旧民法」財産編第三百七十三条は、『主人親方又ハ工事運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人使用人職工又ハ受任者力受任ノ職務ヲ行フ為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス』と規定している。

(204) 被傭者が身元保証人と並んで、或いはそれに先立って、損害賠償義務を負担するのは、身元保証契約に、『身元引受』とは別に、『狭義の身元保証』なる制度が生れる時であり、それは、雇傭契約の身分法的色彩が消滅すると共に、身元保証の身分関係維持という色彩が失われ、身元保証人に檢案、並びに傭告の抗弁が附与されてからのことであつたらう(明治前期の身元保証契約に関しては、稿を改めて論ずる積りである)。

(205) 前掲「商事慣例類集」五六五頁以下「雇人ノ事」参照。

(206) 「大審院明治十八年第四百六百十九号損害要償私訴權附審判」(「裁判粹誌」(明治二十一年)第一卷八一頁所掲)参照。

(207) 同上。

(208) 我妻栄・有泉亭「債權法」(「法律学体系」コンメンタール篇3)五六九頁。

(208) 本文所掲の如く、第七十三号布告の雇主以外の「民事担当人」は、何れも無能力者の保護者と見做されるものであり、特種な身分法上の関係に立つことにより、監督制御の権利義務を有するものである。

(210) 註(208)所引。

(211) 中川善之助教授は、この問題に関し、一般には恐らく認められるものではなかったかという推測を下されている(前掲「私法史」二四五頁)。

(212) 註(17)、(18)、(63)、(107)等所引の各種請状参照。

五 休日附与義務

上に述べた如く、明治前期でも、被傭者はなお原則として引越義務を有し、雇傭者の家庭的共同生活に加入せしめられた。故に又徳川時代と同様、休息日なるものを特に附与されることは恐らく稀であつたらう。しかし、これは一般的に見て、前時代に比し多少なりとも増加の傾向にあつたことは疑いない。即ち、単に一般的に数入の制がうけつがれたのみならず、それ以外に、節句日(三大節)の休日、及び主家の店則・被傭者の階級、更に職業の種類等により、勿論一定されてはいたわけではないが、年数回に亘る休日が附与されるのが慣習となつたらしい。尤も、明治期において数入さえ許さない商家も往々にして存在した。

通勤給料制の採用されている商家では、「大祭日曜若くは毎月二回又は三回の定休暇、二週間の夏期休暇等を普通とし」た様である。

「旧民法」には、習業契約についてさえ、雇傭者の休日附与の義務に関し、何等の規定も存しない。故に、それは「契約内容」(財産取得編第二百六十九条)、或いは「地方ノ慣習」(同上)に委ねられたと解される。

(213) 前掲「丁稚制度の研究」六二頁。なお、同書は明治時代になって数入の名称が廃れ、暑中、又は帰国休暇となつたと称しているが、この名称が全然用いられなくなつたわけではない。例えば、註(216)所掲の岡谷家「店則」参照。

(214) 同上。

(215) 前掲「丁稚制度の研究」四五頁所掲「殿村の店則」、同「白木屋三百年史」二六九頁、同「家憲正鑑」三九八頁所掲伊藤家

- 「雇人優遇」、「同上」五三三頁所掲阿部家「店則」第十二條、「同上」五四六頁所掲平尾家「營業規則」第三十二條等參照。
- (216) 前掲「家憲正鑑」四八九頁所掲岡谷家「店則」參照。
- (217) 前掲「丁稚制度の研究」一六四頁。

(II) 公法的効力

雇傭契約の成立に伴ない、契約当事者は雇傭者たる地位、及び被傭者たる地位に基づき、次の如き公法上の義務責任を負い、又はそれを免れた。そして、これは雇傭者・被傭者が契約成立の結果、特殊な身分法的關係、即ち主従的、或いは家族的な關係に立たしめられたであらうことを實質的・具體的に証明するものである。かくして、ここに明治前期の雇傭が、單に形式的・表面的のみならず、實質的・具體的にも身分的關係を伴ったものであったことが明らかになった。尤も、以下に述べる諸項目中、第一の雇傭者の税金支払の義務は、身分的色彩とは何等の關係もなく、單なる財政上の目的のために要請せられたものと見るべきであらう。

一 税金支払義務

前掲明治六年一月三十日の布告により、僮婢を雇入れる者には税金が課せられた。即ち、「僮婢税則」第一則によれば、「皇族ノ外華士族平民ニ至ル迄家事用ニ使用致シ候從僕ノ類ハ其身分ニ関セス十八才以上ハ一ヶ年金二十五錢十七才以下ノ者ハ同様金十二錢充各主人ヨリ可相納事」とあり、第二則には、「下婢ハ上仕下仕ニ論ナク十八才以上ハ一ヶ年金十二錢十七才以下ノ者ハ一ヶ年金六錢充其主人ヨリ可相納事」とある。

勿論、かかる税金支払の義務は、同則によって明かなる如く、平常奉公契約の締結された場合に限られ、弟子奉公契約の場合は何等必要ではなかった。

上納方法は、年二回に分割し、戸長を通じて管轄府県庁へ納入すべきであった(第五則)。

しかし、「僮婢税則」は、八年第二十七号布告をもつて七年十二月三十一日限り廃止され、以後は平常奉公・弟子

奉公の区別なく、雇傭者の税金納入義務は消滅した。

(718) 「法令全書」明治八年三四頁。

二 届出義務

維新当初においても、前時代と同様、契約成立に伴ない、雇傭者は被傭者の親元・名前・年齢等を書記し、管轄庁へ届出でねばならなかった。

さきに掲げた如く、明治六年十月の京都府「戸籍仕法」には、唯「(前略)主人ヨリ篤ト取札シ町年寄(又は「庄屋」)迄可届出」とあるのみであるが、一般には、「他処ヨリ年限リ奉公人雇入ルトキハ篤ト取札シ親元・名前・年齢等書記シ庄屋へ可届出」とあり、奉公人の親元・名前・年齢等を届出づべきことが明言せられている。⁽²¹⁹⁾

ところで、この届出義務はさきに述べた身元取札と相呼応するものであり、身元取札におけると同様、明治初年の未だ新政府の基礎定まらず、治安維持の必要が存した時代に要請されたものと解され、従って、勿論地方により例外も見られはしたが、大体明治四・五年頃迄の法令にのみ見られ、しかも原則とし、他処稼の奉公人に限られ、同一管轄の者を雇入れる場合には、かかる手続を必要としなかったらしい。唯、前述の如く、特権階級者が雇入れる場合は、他処稼・同処稼の別なく、その後も相当長くかかる義務が課せられたと解され、又、前掲「俵婢税則」は、平常奉公人雇入れの際にこれに税金を課している故、それが効力を有した明治六年一月三十日より同七年十二月末日迄は、徴税上の必要より他処稼たると否とに拘わらず、平常奉公人雇入れの場合には、雇傭者に届出の義務が存したわけである。⁽²²⁰⁾

然らば、かかる雇傭者の行為は、如何なる法律効果を発生せしめたか。それは前時代のそれと同様、雇傭契約に適法性を附与したものである。即ち、かかる手続の履まれない雇傭契約は、たとえ契約成立に何等の支障も来さないとは言え、違法なものとして、この届出義務を負わされた雇傭者は処罰を免れなかった。⁽²²¹⁾

(79) なお、地方法令として、例えば、高知藩の三年十月二十二日の法令にも、『平民他藩工奉公或ハ商業往来等頗ニ不及其時々可届出事』(前掲「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」一二三頁所掲)とある。

(20) 註(114) 所引日田県「市中制法」・「郡中制法」、大津県布令「他所人來住奉公人雇入仕法」、前掲北海道「諸法禁十九条」(註(84))、岡山梨県「制法 条々」等参照。

(21) 後述の如く「奴婢税則」の制定により、なお、例外的にこの義務が一時見られたが、これが廃止された後には恐らくかかる制度は見られなくなったらしい。本文一六頁所引度会県伺、並びに註(54) 所引明治七年八月廿日東京裁判所伺、及び「法例纂」民法二八九一・二頁所掲白川県伺、滋賀県御達等参照。

(22) 「一 従来召抱候奴婢ノ儀ハ其生出国出所姓名年齢等相認メ此度限り各主人ヨリ所屬戸長ヘ相達シ自後抱替或ハ暇遣シ又ハ新ニ召抱候分ハ其都度戸長ヘ可届出事」(同則第四則)とある。

(23) 註(92)、及び「奴婢馬車人力駕籠乗馬遊船等諸税規則」(この規則の第一条が「奴婢税則」である) 第五条「無届ニテ奴婢抱置……後日露頭致スニ於テハ過料トシテ一ヶ年定税ノ五倍ツ、可為差出事」参照。

三 入 籍 義 務

徳川時代には、奉公契約が成立した場合、雇傭者は先ず奉公人を自己の人別帳に書加えること、即ち、家族と並んで入籍せしむる必要があった。

然らば、この入籍義務は明治時代にも引続き要請せられたか。

屢々引用する、明治元年十月京都府より発せられ、翌二年六月改めて全国府県に頒たれた「戸籍仕法」によれば、その「市中戸籍仕法」・「郡中戸籍仕法」には、何れも別に「他処人來住奉公人雇入仕法」が附され、これに「他処人來住名録書体」と共に、「奉公人名録書体」なる雛形が掲げられ次の様にある。⁽²⁴⁾

奉 公 人 名 録 書 体

何京何番組何町々人何某雇入

何国何郡何町々人又ハ百姓

何ノ何年何月雇入

何ノ何年何歳 何

某

何国何郡何村百姓

何 某 娘

何ノ何年何月雇入

何ノ何年何歳 な に

何ノ何年何月 帰

即ち、この「戸籍仕法」によれば、他処より来住する年季奉公人は雇傭者の戸籍に直接書加えられたのではなく、⁽²²⁵⁾別に独立に奉公人のみの戸籍簿が作成され、それに記載されることになっていたわけである。従って、この「戸籍仕法」が施行された地方では、徳川時代以来の奉公人は主人の同一戸籍内に編入すると言う制度は、維新当初は兎も角として、少くとも明治二年以降は改廃されたと見て差支えない。

しかし、ここで注意せねばならないことは、たとえ奉公人が同一戸籍内に編入されなくなったとは言え、前述「奉公人名録書体」が、なお雇傭者の名において、雇傭者の手により作成されたことであり、これは明かに、戸籍上でお奉公人が雇傭者から完全に脱し切れていなかったことを物語るものである。

ところで、この「市中戸籍仕法」・「郡中戸籍仕法」は、何れも平民に関する戸籍法であり、士族・卒・社寺の特権階級に対しては、別に「士籍法」・「卒籍法」・「社寺籍法」が存した。そして、この「士籍法」・「社寺籍法」には、何れも「一家来ハ一字下ケニシテ主家ノ次ニ記スヘシ」とあり、士族・社寺については、被傭者を主人と同一戸籍に編入すべきものとしている。卒については明文は見られないが、後述明治四年一月の「改正京都府戸籍仕法」より、これも同様であったことが知られる。即ち、主従的身分関係の強く要請された武士・社寺等の雇傭契約では、戸籍と言う形式的取扱においても、依然被傭者を完全に雇傭者の隷属的支配下に置かしめていた。

さて、山梨県では、この明治二年六月の「戸籍仕法」の頒布に答え、翌三年四月平民にのみ適用された「庚午戸籍⁽²²⁷⁾

法」が制定されたが、⁽²²⁾ここでも同様、奉公人は最早や主人と同一戸籍に記載されることはなかった。この「庚午戸籍法」では、一層その間の事情が明白にされていると思われる故、以下簡単に触れておこう。

「庚午戸籍法」には、その第九条に、「一 本人又は家内之者⁽²³⁾にても年限暇にて奉公稼に出る者は名前之上へ付紙にて何之年より何郡何村何某へ奉公と記し立帰る節は紙取除べし」とあり、奉公人の戸籍は原則として本籍にあることを示しており、更に、これに附屬して出された「戸籍調方意」には、これをうけつぎ「一 厄介人他より年季奉公等に罷出候は、本籍え何郡何村誰へ奉公としるし当分厄介に相成居候方之籍は帳消可申事⁽²⁴⁾」とあり、従来主家と同一戸籍内に記入されていた籍を消取るべきであるとしている。そして、他処稼中の奉公人については、前掲「戸籍仕法」に見られたと同様、別に「他所人來住人名簿」が編製され、これに記載されることになっていた。尤も、この「他所人來住人名簿」は、矢張り雇主の編製にかかるものと思われる故、この点では、なお戸籍上において雇主の干渉は完全には拭去されなかったわけである。他管への出稼は未だ自由ではなく、雇傭者の後見的支配があつて始めて可能であつた。

既に一言した如く、京都府では明治四年一月「改正京都府戸籍仕法」⁽²⁵⁾が発せられた。それによれば「華族籍法」には、「一 家令家扶家従家丁等ハ張掛紙ニシテ主家之次ニ記スヘシ」、「士籍法」には、「一 雇入之家來婢僕ハ主家ノ次ヘ張紙ニテ書入ルヘシ」、「卒籍法」・「社簿法」・「寺籍法」には、何れも「一 雇入ハ張(掛)紙ニシテ書ス(又は書入ル)ヘシ」とあり、華族以下の雇傭契約では依然被傭者は主家と同一戸籍内に編入されることになっていた。尤も、この戸籍法では、卷末に家族総人数が掲げられることになっていたが、雇人はその数からは除外すべきことが明記されている。

上述より明かなる如く、明治二年の「戸籍仕法」が施行された府県では、華士族・卒・社寺の雇傭契約では、依然被傭者は主家と同一戸籍内に記載されたが、平民相互間の雇傭契約では最早や同一戸籍内には記入されず、被傭者の

籍は原則として本籍に置かれ、唯、他処稼期間中雇傭者の作成する別の名録に登録されることになった。しかし、勿論この「戸籍仕法」は、これが頒布をうけた府県についても、必ずしも全面的に施行されたとは思われず、況してや、この仕法の適用をうけなかった全国の大部分を占めていた藩領では、昔ながらの人別帳形式の戸籍がそのまま行われた地方もあり、従って、庶民の雇傭契約では雇傭者の入籍義務が全国的に消滅したわけではなかった。特に前時代以来の宗門人別帳が、以下に述べる明治四年の「戸籍法」が頒布された直後の同年十月十日迄廃止されなかったことを思えば、尚更のことである。例えば、明かにこの「戸籍仕法」が頒布されたと思われる堺県では、なお、明治二年八月二十九日の「御達」に、「宗門人別御改之儀昨年之通可相心得尤米ル九月十七日帳上ゲ有之候様可被取計候事」とあり、同元年八月に発せられた「一、譜代之者又ハ永奉公人等外ニ名前無之ものハ其奉公先ニ而自分の印形可為致候一、奉公人抱候方ニ差支等有之名を呼替る共帳面にハ本名を記すべし 一、当所ハ抱人ハ親元に名前有之故奉公先ニ而者爪印いたすべく候他所ハ抱人ハ名前下へ其者の印形を取べし」なる奉公人の入籍義務を命じた法令が、そのまま明治二年六月以降も実施されていた。

然らば、次に「全国総体ノ戸籍法」として制定され、府藩県を問わず全国的に施行されることになった、明治四年四月四日太政官布告をもって発せられ所謂「壬申戸籍法」では如何。

先ず、その第三十則によれば、「華族等ノ従僕其邸内ニ住居シテ一戸ヲナセルモノハ式ノ如ク其主人ノ次ニ記シ社中寺内ニアルモノ此例ニ準スヘシ」とあり、華士族以下特権階級の被傭者にして、その邸内に一戸を構えるものについてのみ、主家の戸籍の末に記載すべきことにされ、従って、最早や一戸をなさない単身の被傭者については、明治二年の「戸籍法」とは異なり、同一戸籍内に記されることはなくなったわけである。

次に、平民間の雇傭契約についてであるが、勿論、この「戸籍法」でも、雇傭者は被傭者を自己の戸籍内に書加えることは命ぜられていない。奉公人が他管へ奉公稼に出る場合には、籍はそのままとし、唯、奉公先の管轄地へ寄留

すれば足りた。⁽²³⁾ 唯、この寄留に際し鑑札の引替が必要であり、寄留地の鑑札の交付を受ける場合に、寄留地戸長に提出する名前書に雇主（又は請人）の「証印」を求めねばならなかった（第十二則・第十三則）。⁽²⁴⁾ 従つてこの「戸籍法」では、さきの「戸籍法」に見られた如く、雇傭者は「他処来住奉公人名録」を作成して管轄庁へ届出る義務もなく、戸籍法上における雇傭者と被傭者の隷属関係は、一層稀薄となつたと見なければならぬ。⁽²⁵⁾ なお、華士族等特権階級が他処稼の奉公人を雇入れる場合にも、さきに見た如く、その被傭者が主家邸内で一戸を構えない場合には、矢張り、被傭者は寄留手続を採らねばならず、華士族等が鑑札引替の際「証印」を行つたものと解される。⁽²⁶⁾

ところで、この「戸籍法」によつて定められた、他管よりの被傭者の鑑札引替は、四年七月に至り、「寄留旅行ノ者へ鑑札可相渡旨兼テ相達置候処不及其儀候条更ニ相達候事」という布告に基つき廃止された。⁽²⁷⁾ しかし、この布告但書には、「寄留並ニ出入届方寄留表取調等都テ規則ノ通可相心得事」とあり、たとえ鑑札の交付は廃止されたが、依然雇傭者の「証印」のみは必要とされた。明治五年正月十三日の第四号布告が、「戸籍法中心得方区々相成候ケ条並改正ノ廉左ノ通ニ候条本書に照準シ取捨可致事」と冒頭に述べ、「凡寄留スル者ノ届書ハ官員神官華士族卒僧尼旧神官ハ当人兵隊ハ隊長平民ハ戸主傭主請人ノ内ニテ証印シ……」とあり、寄留届に際し、平民は独自でそれを行うことが出来ず、傭主の「証印」を得て始めて行い得たことを規定しているのはこれがためである。

そこで、この平民が寄留届を行う場合に、傭主・請人の「証印」を必要とする制度は、明治十九年九月二十八日内務省令第十九号により寄留制度の改正が見られる迄厳として存続した。⁽²⁸⁾ 然らば、もしこの「証印」を雇傭者が怠つた場合は、如何なる処分を受けたか。七年十一月八日白川県伺によれば、「凡寄留スル者ノ届書ハ辛未十二月戸籍法則中心得方区々相成候ケ条改正ノ廉太政官御布告ノ通ニ付官員神官華士族僧尼旧神官ハ当人兵隊ハ隊長平民ハ戸主傭主請人ノ内ニテ証印シ云々トアルニ依り万一其届等閑ナル者発露スルニ於テハ官員神官華士族僧侶旧神官ハ当人兵隊ハ隊長平民ハ戸主傭主請人ヲ違式ニ問ヒ可然ノ処凡平民商用其他ノ用ニ付他ノ管内ヘ寄留ノ者ハ其用ノ弁不弁ニ因リ或ハ百

日或ハ二百日ニ至ルモ皆本人ノ意ニアル事ニテ独り平民ニ限り何ソ戸主請人等ノ与ルヘキ管ニ有之ヤ然ルヲ其与ラサル者ヲ罰責スルヲ謂レ無キヲニ付右届ノ責ハ官員以下概シテ本人ヲ違式輕ニ問ヒ並ニ贖ヲ聽シ允協可致カ尤其戸主請人等証印スルカ如キハ其寄留人某ノ所ニアルヲ保証スル為ナレハ仍ホ従前ノ通可然哉但本文寄留届規則中傭主ノ儀相見候処傭主ハ戸主請人ト相替リ癸酉大藏省御布達僕婢規則ノ通其主人ヨリ可届出ハ無論ニ付故ト省キ置キ候」とある。

即ち、同伺の趣旨は、寄留届書「証印」の責は、寄留者本人が負担すべきもので、平民に限り本人でない請人・戸主が違式輕の罪に問われるのは不可解である。唯、傭主は「僕婢税則」により届出の義務を有する故、これが「証印」をするは当然であり、殊更に請人・戸主と區別したというのである。ところが、これに對し、司法省は十二月二十七日「明治五年第四号御布告ニ照シ例第二百八十八条に依り処分スヘシ（第二百八十八条ハ違式ノ律ナリ）但シ贖ヲ聽ス」と指令し、戸主・請人・傭主の區別なく、總てに「証印」の責あることを述べ、白川県の伺を採用しなかった。

尤も、前述の如く、「僕婢税則」は七年十二月三十一日限り廃止された故、傭主も又同一条件の下に置かれることになり、又「僕婢税則」でも、傭主届出の義務は平常奉公に限られたものであり、弟子奉公契約には不要であつた。

以上により明かなる如く、雇傭者が被傭者の寄留に際して「証印」を怠つた場合は、「僕婢税則」が効力を有した時期と否とを問わず、違式の刑に処せられた。そして、この様に司法省が既定の法令を固守した理由としては、勿論人民移動に関する警察的取締の要が依然存したことを挙げねばならないが、それが主たる根拠は、被傭者たるものがお家長権にもたとえらるべき雇傭者の後見的支配の下に置かれていたということに存するのではなからうか。

以上縷説したところを要するに、徳川時代に見られた雇傭者の他処稼の被傭者を自己と同一人別に入籍せしむる義務は、明治新政府が速かに戸籍立法に着手したことにより、既に早く平民相互間の契約では、明治二年六月の「戸籍仕法」の施行により廃止され、華士族等の特権階級を雇傭者とする契約についても、原則として「壬申戸籍」の施行に伴ない廃止された。しかし、それかと言つて、他管よりの被傭者が、戸籍面において完全に雇傭者の絆から解放さ

れた独立の地位を勝ち得たわけではなかった。明治二年の「戸籍仕法」では、雇傭者に出稼奉公人の名録作成の義務が課せられており、又「壬申戸籍」では、被傭者の寄留手続に際し「証印」を行う責任が負わされており、この「証印」の義務は、その後長く明治十九年寄留制度の改正される迄維持された。即ち、これ等名録の作成、「証印」と言う事実は、入籍義務に見られた如く、被傭者を形式的にも雇傭者の隷属支配下に置かしめると言つた如き、強力な役割は果さなかつたにしても、他支配への出稼には雇傭者の後見がなければならず、被傭者は依然雇傭者の後見的支配下に入つていたと言わねばならない。

(224) 次のものは、「市中戸籍仕法」添附のものであるが、「郡中戸籍仕法」添附のものも勿論これと殆んど変らない（前掲「明治中央戸籍法令集」一六頁、二一三頁）。

(225) 特に、「郡中戸籍仕法」添附の「他所人來住奉公人雇入仕法」の前文には、「今般戸籍編製ノ上ハ土着ノ諸民人員生産明ラカナルヘク候得共其他所ヨリ為稼來住ノ者年季奉公稼ノ者等ハ根ノ在所ノ戸籍上ニ書載セコレアレハ此地ノ戸籍ニ載スヘカラス（下略）」とあり、他処稼の奉公人の戸籍も、本籍にあるべきことを明白に予定している。

(226) 前掲「明治前期中央戸籍法令集」二二頁以下所収。

(227) 山梨県で「土籍法」等の法令が見られなかつたについては、前掲「地方体制と戸籍制度」一二九頁参照。

(228) 山梨県以外、この「戸籍仕法」が実施された地方として、東京府・品川県・神奈川県・北関東等が知られている（福島正夫「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」（「戸籍制度と「家」制度」所収）一〇一・二頁、前掲「「家」制度の研究」資料篇一附録 福島正夫「明治前期における戸籍制度の發展」三一頁）。

(229) 前掲「明治前期山梨県戸籍法令集」一五四頁。

(230) 同上 一五六頁。

(231) なお、後に述べる「他所人來住人名録」の前文にも、「他所より為稼來住之者年季奉公稼のもの在所戸籍に書載有之は此地の戸籍に載すヘカラス」とある（前掲「地方体制と戸籍制度」一四七頁）。

(232) 前掲「明治前期中央戸籍法令集」二六頁以下所収。

(233) 前掲「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」一〇一・二頁、同上「明治前期における戸籍制度の發展」三一頁、山中永

之佑「明治初年の氏—明治四年戸籍法成立の前提—」(『阪大法学』第三五号) 四七頁。

(234) 前掲「明治前期における戸籍制度の発展」三三頁。なお、前掲「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」一二二頁以下参照。

(235) 「明治大正大阪府史」第六卷二三三頁。

(236) 前掲「明治堺県家族関係法令」(一) 四四頁所掲「10 人別改めにつき達」。

(237) 同上四二頁所掲「2 宗旨人別改めの方法」。

(238) 尤も、堺県においても出稼先で一戸を構える奉公人については、主人の戸籍に入るのではなく、その町村の人別に独立に記載されている(同上四七頁所掲「20 人別送り往来手形等の雛形につき覚」所収「出稼人別手形ノ事」参照)。

(239) 勿論この寄留を行わねばならないのは、他管よりの出稼奉公人に限られ、同一管轄内の場合はその必要はなかった。従って、前掲明治八年十二月四日の度会県令が、「戸籍法ニ人ニ雇ハル、ヲ雇ルノ規則無之若シ他管ノ人ニ傭仕シテ九十日以上ニ及ブハ寄留スル事ヲ雇ルニ因テ傭仕スルヲ併セテ雇クル者アル耳ニシテ同管轄ノ人民相互ニ人ニ雇ハル、ニ至リテハ其事ヲ雇ルノ成規無之(下略)」と述べ、寄留雇済の有無によって、雇人たる名称を与えるか否かを分別せんとした司法省の態度を批難していることは、至極当然と云わねばならない。

(240) なお、第十三則但書参照。

(241) 尤も、この「壬申戸籍」も「全国總体の法」とは云え、直ちに法令通り日本全国にそのまま施行されたわけではない、例えば、堺県ではこの「戸籍法」の実施にあたり、なお四年五月二十八日に「一、奉公人假令半季居たりとも其主人之町内へ人別送り可差出義ハ勿論之処無其儀向も有之候由以之外之事ニ候条急々送り可被差出候事」(前掲「明治堺県家族関係法令」(一) 五一頁所掲「30 奉公人の人別送り」とあり、たとえ、短期間の奉公人についても、他管へ出稼の場合は人別を送り届けることを厳命し、寄留制度は採用されていない(尤も、翌月には寄留人の編籍について触れている(同上五二頁所掲「31 寄留人の編籍」)。なお、同上五六頁所掲「44 戸籍編製規則」は「壬申戸籍」が如何に実施されたかにつき種々のことを示す興味ある史料である。特に他処稼奉公人等につき「仮人別」、「真人別」に對し「が作成されたこと等は注目すべきことである」。

(242) 津山藩ではこの「壬申戸籍」の頒布される以前の明治四年三月二十五日の津山藩庁布告「戸籍編成規則」(前掲「明治岡山県戸籍法令集」二八一頁)で、既に「一、奴婢雇人長屋住借屋住之類他の支配地ヨリ入込候分ハ惣テ入稼人ト唱へ戸籍懸リヨリ鑑札可相渡右鑑札所持不致者ヲ召仕又ハ差置候ハ、請人等迄吃度咎可申付事」とあり、鑑札制度を採用している。なお、

同藩明治四年八月七日の法令（同上二八二頁以下）参照。

(243) 「法令全書」明治四年二八八頁。

(244) なお、寄留鑑札廃止の理由、その他寄留鑑札については、前掲「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」一三八頁以下参照。

(245) 「法令全書」明治五年三頁。

(246) 「同上」明治十九年七〇六頁。

(247) 尤も、この改正法により雇主の証印義務が全く消滅したと云うわけではない、それはこの改正法に、他府県又ハ他郡区ニ寄留シタルトキ自己ノ所有地ニ於テハ寄留者ヨリ借地借家ニ於テハ寄留者及地主又ハ家主又ハ其地所其家ヲ管理スル者ヨリ十日以内ニ其地戸長ニ届出（下略）」（第六條）とあり、雇備者はその家を管理するものとして、なお、被備者の寄留手続をする場合が考えられるからである。現に、岡山県明治二十年二月二十六日訓令第十一号（前掲「明治前期岡山県戸籍法令集」六七頁）、及び同年九月十三日達乙第七十三号「戸籍取扱細則」（同上二九〇頁以下）では、何れも僕婢の寄留については雇入の本人がなすべきものとしている。しかし、少くとも改正法上では、寄留雇者として正而より「雇主」の名は掲げていない（「請入」の名も同様見られない）。

(248) 「法例彙纂」民法一 一五六頁以下。

(249) 同上二五八頁。

四 訴権の拒否

徳川時代には、奉公人は原則としてその主人を刑事上においては勿論、民事上においても訴えることは許されなかった。

然らば、明治前期では如何。

まず、刑事上の訴権についてみるに、御定書が有効な期間内には、被備者がこの権を行使し得なかったことは論を俟たない。

「仮刑律」によれば、その「干名犯義」（越訴）の条に、「凡祖父母父母夫之祖父母父母之惡事ヲ子孫妻訴へ出ル者

使二年

ハ「笞百徒三年」誣ル処有ルモノハ刎首……奴僕之其主ヲ告ルハ子孫之罪ニ同シ農商家之奉公人ハ一等ヲ減ス……」
とあり、訴權を行使した被備者はそれが奴僕である場合は、子孫と同様の罪に問われ、農商家の奉公人である場合は、それに一等を減じた刑が科せられ、何れにしても、訴權を行使することは罪惡と見做され、従つて、かかる訴が裁判上取上げられなかったことは明かであらう。

次に、「新律綱領」の規定を窺えば、これ又「干名犯義」(訴訟律)の条に、「若シ奴婢。家長ヲ告ル者ハ。実ヲ得ルト雖モ。杖九十。誣告スル者ハ。絞。雇人。家長ヲ告ル者ハ。杖六十。誣告スル者ハ。誣ル所ノ罪ニ三等ヲ加ヘ。罪。流三等ニ止ル。」とあり、雇人の訴權の行使は依然犯罪とされ、従つて、訴權は拒否されていたと見て差支あるまい。なお、「改定律例」でも、かかる「新律綱領」の規定は、何等改正されていない。

以上より明かなる如く、「公事方御定書」・「假刑律」・「新律綱領」・「改定律例」が効力を有した明治初年より同十四年十二月迄は、被備者には刑事上の訴權は存せず、若しそれを行使した場合は犯罪とさえ見做された。

しかし、「旧刑法」が施行されるに及び、被備者と雖も雇備者を訴えることは許可され、それは何等の犯罪をも構成しなかった。これ「旧刑法」には、上掲諸刑法典におけるが如き規定は存しなかったからである。かくして、被備者は雇備者に関する刑事事件においても、訴訟法上の權利主体たり得ることになった。

然らば、次に民事上の訴權については如何。

維新当初において、なおそれが拒否されていたか否かは、今詳になし得ない。しかし、明治六年頃からは、被備者と雖も民事上の事件につき、雇備者を訴え得ないということとはなかったらしい。明治六年七月十七日の「訴答文例」によれば、その第十二条「奉公人違約ノ訴状」第三項に、「奉公人又ハ弟子奉公人ノ者等其主人師匠ヨリ受取ル可キ給米金淹滞ノ訴状モ亦本条(奉公人二年期ヲ約シ前金ヲ渡シ其年期未滿内ニ其家ヲ出テ還ラサル者ヲ取返サントスルノ訴状モ住所氏名ノ次ニ抱入レタル年月日ト約定ノ年期ト前渡シノ金數トヲ標記シ次ニ其証書ノ全文ヲ写載シ次ニ違約

ノ事情ヲ書ス可シ」ニ照ス可シ」とあり、雇傭者の債務不履行に対し、被傭者は裁判上の訴権をもって対抗し得たと解して差支ない。尤も、この間の事情は、既に同年三月二十五日の司法省第四十三号布達（本文〇〇頁所引）により明かであり、なお、同年十一月五日の「出訴期限規則」からも推測し得る。

しかし、被傭者による裁判上の訴権は、上述の如く、雇傭者の義務不履行の總てについて行使し得たわけではない。上掲法令によつても明かなる如く、それは雇傭者が被傭者に対して負担せねばならぬ債權法上の完全債務不履行に關してのみ行使し得たのであり、従つて、その範圍は、極く狭小なものであつたと解さねばならない。

かくして、前時代と異り、被傭者は雇傭者の報酬支払義務不履行に対しては、訴権を行使し得ることになったが、それが現実に如何なる程度に行使されたかは、自ら別問題である。前掲「丁稚制度の研究」の著者の指摘を待つ迄もなく、被傭者が、その主人であり、その家長である雇傭者の債務不履行を訴えることが全然といつてよい位存しなかつたであらうことは勿論、雇傭者が、臣従であり家族である被傭者を訴えることも、殆んどその例を見なかつたのはなからうか。⁽²⁵³⁾ 訴権をもつて保護されておきながら、それを行使し得ない明治前期の雇傭契約が、如何に濃厚に主従的、或いは家族的身分關係によつて色彩られていたかは、又自ら推察し得られよう。

明治二十三年公布の「裁判所構成法」⁽²⁵³⁾には、「雇主ト雇入トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ因リ起リタル訴訟」は区裁判所の管轄とし、それ以上の雇期限の場合は、地方裁判所に訴えることを要する旨の規定が見られる。

(250) 前掲「丁稚制度の研究」八六頁以下参照。

(251) 明治前期の地方判決例を参照することは容易の業ではない。ここでは、唯私が調査し得た豆田区裁判所（大分県日田市）の明治二十六年二月二十一日より同三十一年迄の「民事裁判原本」、唐津区裁判所（後年治安裁判所となる）の明治九年四月より同三十一年迄の「判決書」、及び米山稻八相「甲府地方裁判所判決録」（これは明治二十三年以降同二十七年迄の判文を掲載したもの）に、何れも被傭者より雇傭者を訴えた民事訴訟事件が存しないことを指摘するに止める。

なお、明治九年より同十七年八月迄の「大審院民事判決録」、及び明治二十一年より同三十一年迄の「裁判雑誌」の中から

被備者が雇備者の債務不履行を訴えたものを拾い上げるに、「月給旅費滞在費請求事件上告ノ案文」(明治十六年十一月十二日大審院民事判決録二四五頁)及び「緑川氏太對土井造約定金貸金立替金(東京控)件」(裁判雜誌(明治二十八年)第一〇卷二九二頁)が存するのみである。しかも、これ等二事件についても、前者は被備者が支配人であり、後者はそれが船長と云う特殊なものである。

(四) 雇備者が被備者を訴えた例については、前註所掲の判決録からは見出せない。

(五) 「法令全書」明治二十三年二月七頁。

五 連 帶 責 任

明治前期においても、被備者が第三者に対して不法行為をなした場合、雇備者は被備者と並んで刑事責任を問われ
たか。

「公事方御定書」が有効であつた時代は別として、「仮刑律」においても、既にかかる規定は見出し得ない。勿論、「新律綱領」以後の刑法典にも、雇備者に連帶責任を負担せしめた規定は存しない。これは明かに、雇備契約における身分的分子の減少を意味するものであらう。

六 刑 罰 の 加 重

明治維新後においても、「旧刑法」施行迄は、被備者に対する刑罰は、普通人の同種類の犯罪に対する刑罰に比し、甚だ重いものであつた。

これは再三指摘した如く、雇備契約成立に伴ない雇備者・被備者の関係が單なる債權法上の雇備者・被備者の関係に止まらず、封建法上の主人・奉公人、或いは家族法上の家長・家族の如き身分的な從属關係を伴つたからである。かくして、被備者の雇備者に対する犯罪は、一般人のそれに比し、遙かに「不道德なもの」、「倫理を無視したもの」と見做され、それに対する刑罰は、甚だ苛酷なものであつた。

「仮刑律」・「新律綱領」・「改定律例」に現われた被備者に対する刑罰加重の規定は、一二に止まるものでない。⁽²⁸⁴⁾

故に、それ等を悉く列举することは煩雜を招く虞が多分に存する。ここでは、唯姦罪に関する刑罰規定を、これ等三刑法典、並びに「旧刑法」より採上げ、身分的従属関係の内容の変転に従い、それが如何に変化したかを検討するに止める。

「公事方御定書」所掲の奉公人の主人の妻女に対する密通が、普通人のそれに比し甚だ重刑であつたことは、既に、金田博士の指摘せられるところである。

「假刑律」の規定を見れば、『凡主人之母妻女ニ姦スルモノ〔斬^{梟首}〕強姦ハ〔梟首〕決^即。若農商家ニ奉公スルモノ其主ノ妻女又ハ母ニ姦スルハ〔刎首〕強姦ハ刎首〔梟首〕……』(主家ノ婦ニ姦ス「犯姦」)とあり、奉公人の姦罪が

封建主従者間の従者の姦罪と並んで規定せられ、前者は後者に比する場合、幾分その刑が輕減せられているにしても、なお、強姦和姦を問わず、總て死罪をもつて臨まれている。ところで、これを一般の姦罪に比するに、「和姦」につ

いては、『凡和姦ハ男女共ニ笞〔五〕十有夫モノハ一等ヲ加フ女ヲ他所ヘ誑出シ姦通スルモノハ〔八〕十……十二歳以下ニ……』(強姦「犯姦」)、『強姦』については、『凡強姦ハ笞一百未姦ヲ遂サルモノハ笞〔八〕十……十二歳以下ニ

姦スル者ハ和姦ヲ以テ論ス若強姦ニ因テ殺傷ニ至ラハ〔斬首〕其傷輕キモノハ臨時判決……』(同上)とあり、これ等は、明かに奉公人の犯した姦通に比し、その刑罰は輕いのである。

次に、雇傭者・被傭者の関係に、家族法的身分関係存在の基礎を与えた「新律綱領」における「姦家長妻女」(犯姦律)の条項を見るに、『凡奴僕雇人。家長ノ妻ヲ姦スル者ハ。流三等。……強姦スル者ハ斬。』とあり、「親族相姦」の規定に比すれば、その罪は輕いが、一般の「犯姦」(同上)たる『凡和姦ハ各杖七十。夫アル者ハ。各徒三年。……強姦スル者ハ。流三等。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ。絞。……十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ。和ト雖モ強ト同ク論ス』に比すれば、矢張り刑の加重が行われている。

更に、雇傭者・被傭者間に「新律綱領」と同様な身分法的支配関係存在の基礎を与えていた「改定律例」の規定を

竊うに、その第二百六十二条に、「姦家長妻」(犯姦律)の規定が存在するが、これは六年二月八日の「新律綱領」の改正法と全く同一の規定である。即ち、「凡雇人。家長ノ妻ヲ姦スル者ハ。各懲役一年半。強姦スル者ハ。懲役終身。」と。これ又勿論親屬相姦に比べれば、その刑は幾分軽いが、一般の犯姦の「凡和姦。夫アル者ハ。各懲役一年。……強姦スル者ハ。懲役十年。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ。懲役終身。……十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ。和ト雖モ。強ト同ク論ス。」という規定に比すれば、被備者に科せられた刑は、依然加重されている。

主人の妻と密通した被備者に対し、「引廻之上獄門」なる刑を科し、完全に封建的主従的身分関係存在の基礎を与えていた御定書の規定が、多少家族法的な身分関係を加味していた「仮刑律」に現われた被備者姦罪の規定に比する場合、一層苛酷なものであったことは当然である。

然らば、「仮刑律」規定の奉公人の姦罪に対する刑罰と、「新律綱領」の雇人のそれを比較するに、前者は前述より明かなる如く、総て死罪をもって臨んでいるに對し、後者はそれを強姦の場合に限っている。即ち、「新律綱領」においては、「仮刑律」に比すれば、被備者姦罪に対する刑罰は幾分緩和せられていた。

なお、「改定律例」の姦罪の規定が、「新律綱領」のこの規定に比し、一層緩和されていたことは、前者においては、被備者の姦罪に對し、既に死罪を採用していないことにより明かであらう。

これを要するに、「公事方御定書」は勿論、「仮刑律」・「新律綱領」・「改定律例」三刑法典は、何れも被備者の雇備者の妻女、或いは母等に対する姦罪につき、一般人の同種類の犯罪に対する刑罰よりも重いものを科しており、更に、それは「公事方御定書」から「仮刑律」・「新律綱領」・「改定律例」へと、身分法的関係の重点が主従的なものより、家族法的なものへと転移するに伴ない、次第に軽減されていった。

しかし、かかる被備者の姦罪に対する特別な刑の加重は、被備者・雇備者の犯罪に対する刑の減免加重に関する他

の規定と同様、「旧刑法」によって全く一掃され、被備者の雇備者の妻女・母に対する姦罪も、第二百四十八条以下の規定に明かなる如く、一般人のそれと何等区別されず、刑の加重が特に行われるということはなかった。これ即ち、「旧刑法」は前記四刑法典と異なり、両当事者間の身分法的結合関係を全く予定しなかった帰結に外ならない。

- (四) 「假刑律」に現われた、被者の犯罪に対する刑罰加重の規定を列举すれば、(イ)「親族相盜」(名例) (ロ)「主ヲ殺シ主奉公人」(人命) (ハ)「主家ノ婦ニ姦ス」(犯姦) (ニ)「主人ヲ殺」(闖殺) (ホ)「干名犯義」(越訴)等である。又「新律綱領」については、(イ)「奴婢盜主家長財物」(賊盜律) (ロ)「謀殺家長」(人命律) (ハ)「殺一家三人」(同上) (ニ)「私和人命」(同上) (ホ)「毆家長」(闖毆律) (ヘ)「罵家長」(罵詈律) (ロ)「干名犯義」(訴訟) (イ)「姦家長妻女」(犯姦律)等が存し、「改定律例」では、(イ)「改正雇人盜家長財物律」(原奴婢盜家長財物律) (賊盜) (ロ)「改正殺雇人律」(原殺奴婢律) (人命律) (ハ)「私和人命條例」(同上) (ニ)「毆家長條例」(闖毆律) (ホ)「干名犯義條例」(訴訟律) (ヘ)「姦家長妻」(犯姦律)等が見られる。

(五) 前掲「法規分類大全」二四四頁参照。

七 刑罰の減輕及び免除

「公事方御定書」は勿論、「假刑律」・「新律綱領」・「改定律例」においては、被備者及び雇備者は被備者たること、及び雇備者たることによって、刑の減輕或いは免除が行われる場合が存した。これ又、契約当事者が契約成立によって主従的、或いは家族法的な身分関係に立っていたことを如実に証するものである。

先ず、被備者の刑が免除された場合について窺おう。「公事方御定書」は別として、「假刑律」の「親屬相互ニ容隠」(名例)の条に、「奴僕其家長之タメニ隠ス皆刑ヲ加ヘス其官司之追払スルヲ漏泄シ且消息ヲ通シ罪人ヲシテ隠匿逃避セシムル共俱ニ論セス」とあり、親屬容隠の場合と同様、被備者に対し、刑の免除を規定している。又、「新律綱領」でも、同様に「奴婢雇人。家長ノ為メニ容隠スル者ハ。皆論スルヲ勿レ。」(「親屬相互ニ為容隠」名例律)とあり、

「改定律例」も又、この規定を改正していない。

雇傭者が、被傭者に対する犯罪に関し、刑の減輕免除の行われた場合の存したことは、既に前節「雇傭者の私的制裁に服する義務」を述べたところより明かである。ここでは、なおその一例として、教令違犯に対する督責について見よう。「仮刑律」には、何等の規定も見出せないが、「新律綱領」には、「若奴婢。雇人。家長ノ教令ニ違犯スルニ。督責シテ。逕ニ死ス者ハ。百五十。過失殺スル者各論スルヲ勿レ」(「殴三家長」闘毆律)とあり、祖父母父母將貴の場合の「逕ニ死ニ致シ。及ヒ過失殺スル者ハ。各論スルヲ勿レ。」とあるに比し、あらゆる場合に刑の免除は行われていないにしても、「過失殺」の場合は、同様それが行われている。即ち、一般の「過失殺傷ニ」(人命律)では、「凡過失シテ。人ヲ殺傷スル者ハ。各闘殺傷ニ準シ法ニ依リ。收贖シテ。其家ニ給付ス。」とある。

八 そ の 他

(1) 明治九年二月二十二日司法省より甲第一号布達をもって発せられた「代言人規則」は、「諸官員華士族及ヒ商家其他一般ノ雇人タル者」は、代言人たり得ないことを規定している(第三条)。しかし、それには「雇主承認ノ証書アル者ハ此限ニアラス」という但書が附されている。

又、この「代言人規則」は明治十三年五月十三日改正されたが、この改正規則でも、矢張り雇人は公私の区別を問わず代言人の免許を得ることは出来なかった。

しかし、「代言人規則」に代った明治二十六年三月四日の「弁護士法」は、かかる規定を抹削した。

(2) 明治十三年七月十七日の「治罪法」は、「民事原告人及ヒ被告人ノ雇人」に関して、事実参考のためその陳述を聴く以外、かかる雇人を証人とすることを禁止している。

又、「治罪法」に代った「民事訴訟法」・「刑事訴訟法」には、次の如き規定が存する。即ち、前者には、第二百九十七條に、「左ニ掲クル者ハ証言ヲ拒ムコトヲ得……第三 原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル

者」とあり、後者には、第二百二十三条に、『左ニ記載シタル者ハ証人トナルコトヲ許サス但宣誓ヲ爲サスシテ事実考ノ爲メ其供述ヲ聴フコトヲ得』と述べ、その第四号に、『民事原告人及ヒ被告人ノ雇人又ハ同居人』とある。

以上の諸規定によつて明かなる如く、明治前期において、被傭者は原則として雇傭者の事件に關し、証言を拒み得、又証人たり得なかつたのである。

なお、上掲「刑事訴訟法」規定の雇人については、屢々その範圍に關して疑義を生じたが、「新律綱領」・「改定律例」の雇人の範圍に關しての如く問題は重大化せず、大審院は始終一貫して「刑事訴訟法第二百三十三條四号ノ雇人トハ一己人又ハ会社等カ私約ヲ以テ雇傭スルモノ、謂ニシテ政府ニ仕事スル官吏ノ如キ者ヲ謂フニ非ス」と宣言し、証人となり得ざる雇人の範圍を私法上の雇人のみに限定している。

(236) 明治二十三年制定の「民事訴訟法」は、大正十五年四月二十四日法律第六十一号をもつて改正され、昭和四年十月一日より施行された。それ故、雇人は証言を拒み得たのである。

(237) 明治二十三年公布の「刑事訴訟法」は、大正十一年五月五日法律第七十五号による新刑事訴訟法制定により消滅した故、これ又、それ迄雇人は証人たり得なかつたのである。

(238) 「有藤竹監守盜(広島)控訴院」件」(「裁判粹誌」(明治二十八年)第一〇卷八二頁)、「猪股正監守盜(長崎)控訴院」件」(「同上」(明治三十年)第二二卷三四一頁)等参照。

六 雇傭契約の終了

(I) 終了の原因

一 期間の満了

雇傭契約期間の満了が、契約を当然終らせしめたことは疑いない。しかし、期間満了の場合でも、若し、雇傭者に契約継続の意思が存する時、自由にその継続を許容する旨を当事者間にて契約し、それによつて、契約關係がなお存

続するを通例としたことは徳川時代と異ならない。

当事者が雇傭期間を契約しなかった場合は、明治五年以後は、第二百九十五号布告に基づき、平常奉公契約においては一カ年、弟子奉公契約においては七カ年の法定期間の満了によって終了することになった。しかし、勿論この期間満了に際しても、弟子奉公契約については、「雙方和談ヲ以テ更ニ期ヲ延ルハ勝手タルヘキ事」という但書が附されていた。

又、出替奉公の終期が一定していた地方では、当然それが到来によって契約は終了した。

次に、弟子奉公契約では、後述する如く、「礼奉公」と言つて、期間満了後もなお雇傭関係類似の關係が、契約により、又は被傭者の意思によつて行われる場合が屢々存したが、これは雇傭者の意思による契約の延長とは、自ら異つた性質を有するものではなからうか。即ち、礼奉公が被傭者の意思によつて行われる場合は、それは雇傭者の恩恵、或いは保護に対する被傭者の忠誠、或いは忠実義務の一つの現われであり、従つて、それは債權法上の權利義務關係を伴なわない、身分法上の權利義務關係の残存と称すべく、又、契約によつて行われる場合は、契約終了に伴ない、被傭者に發生する一つの法律効果と解すべきではなからうか。

「旧民法」は、雇傭契約については、前述の如く、「雇傭ハ地方ノ慣習ニ因リ定マリタル時期ニ於テ終了ス」(財産取得編第二百六十条)とあり、又、習業契約については、「合意又ハ法律ニ定メタル期間ノ満了」(同上第二百七十三條第四)は、当然契約終了の原因たることを規定している。

(259) 註(17)所引「諸証文ノ體形ヲ定ムル件」所収「奉公人請狀之事」、及び「年季奉公人請狀之事」等参照。

二 解 除

明治前期においても、解除権は雇傭者のみ行使し得て、被傭者は原則としてこの権を有し得なかつたらしい。即ち、

数多くの請状には、「此方ヨリ暇頼申間敷候」・「極年之内ハ此方ヨリ暇乞受申間敷候」・「御奉公ノ内妄ニ御暇乞申間敷」と言つた如き文言が挿入されていた。

しかし、勿論被備者として、全然この権利を有し得なかつたわけではない。唯、被備者が解除権を行使した場合は、それが如何なる原因に基づかうとも、後述の如く解除によつて生ずる損害を、總て被備者、或いは請人が負担せねばならないという、非常に不利な立場に置かれるのが原則であつた。

然らば、契約を解除せんとする場合、雇備者、或いは被備者は、前もつて告知する必要があつたであらうか。充分な資料がなく明かでない。しかし、契約解除の場合にも授受されたと解される「雇人引取請状」が、「是迄我等御請ニ相立貴殿へ雇様ニ差出置候誰儀此度如願御暇被下置……」とあるところより推察すれば、少くとも、被備者側より契約解除を行わんとする場合は、予め告知し相当の期間經過後、始めて契約は終了し得たのではなからうか。なお後考を俟つ。

雇備に期間の定めなく、上述の法定期間が経過した場合、雇備者は勿論被備者も無告知にて契約を終了せしめ得たであらうか。これ又、何等拠るべき資料がなく不明である。

雇備者の行ふ契約解除の原因は、徳川時代と大差がない。即ち、それは非常に広範に亘り、全く雇備者の欲するままに行われたであらう。

「旧民法」は、契約解除に関しては、次の如き規定を設けている。先ず、雇備契約については、「一方ヨリ出テタル正当ニシテ且己ムヲ得サル原因」(財産取得編第二百六十三条)あり、しかも「確定ノ慣習ナキトキハ何時ニテモ一方ヨリ予メ解約申入ヲ為スニ因リテ終了ス」(同上第二百六十条)と規定し、雇備者・被備者何れについても、予告の必要なることを明かにしていると共に、「其解約申入ハ不利ノ時期ニ於テ之ヲ為サス又惡意ニ出テサルコトヲ要ス」(同上第二百六十条)との但書を附している。しかし、勿論「当事者ノ一方ノ義務不履行ニ因ル解除」(同上第二百

六十二条)の場合、解約申入は不必要であり、又、如何なる時期においても、それが権利を雇傭者・被傭者何れもが行使し得たと解される。なお、同法は、法定期間以上の時期を約した場合は、『当事者ノ一方ノ随意ニテ右ノ時期(法定期間を指す)ニ之ヲ短縮ス但更新ヲ為ス権能ヲ邪ケス』(同上第二百六十一条)とある。

次に、習業契約については、第二百七十四条に、『第一 相互ノ義務ノ不履行但不可抗ノ原因ニ由ルトキモ亦同シ

第二 習業者ニ対スル師匠又ハ親方ノ苛酷ナル取扱 第三 習業者ノ平常ノ不品行 第四 前条ニ掲ケタル場合ノ外師匠親方又ハ習業者ノ犯罪 第五 契約ヲ履行ス可キ土地外ニ師匠又ハ親方ノ転居』の原因あるときは、『解除ノ利益ヲ得タル一方ノ当事者ノ請求ニ因リ裁判所ハ契約ノ解除ヲ宣告スルコトヲ得』と述べ、解除を裁判所の宣告により始めて行使し得ることにし、⁽²⁶⁴⁾契約当事者のみの自由なる権利行使によらしめてはいない。

(260) 註(17)、(18)、(63)、(107)所引各種請状参照。

(261) 同上。

(262) 註(17)所引「大全諸証文例」所収「雇人引取請状」。

(263) 雇傭者が解除権を行使し得る原因としては、被傭者の「長煩」・「逃亡」・「欠落」・「引負」・「乳汁不足」等が通常のものであるが、その他、家憲・店則、或いは家法に背いた場合(前掲「丁稚制度の研究」三八・七二頁、同「家憲正鑑」所掲各家の「家憲」・「店則」、その他 註(17)、(18)、(63)、(107)所引各種請状参照)、更に、被傭者に不埒不勤等があった場合(前掲「維新農村社会史論」所掲信濃國北佐久郡中津村町田良一氏旧蔵「差上申御請状之事」)等の場合にも解除され、なお、甚だしきは、単に雇傭者の氣に入らない場合(註(17)所引「大全諸証文例」所収「職業修行請状」等参照)、会社の都合の悪い場合(前掲「丁稚制度の研究」七三頁所掲「大丸呉服店 誓書」)等においても、解除権を行使された。

(264) なお、この場合、「解除ノ宣告ヲ受ケタル当事者ノ一方ハ自己ニ過失アルトキハ他ノ一方ニ対シテ尚ホ其損害ヲ賠償ス可キノ言渡ヲ受ク前条(第二百七十三條)ニ掲ケタル処刑言渡ノ場合ニ於テモ亦同シ」とある。

三 当事者及び請人の死亡

(1) 被傭者の死亡

被傭者の死亡は当然に契約を終らせしめた。

然らば、被傭者死亡の結果、「代人」を差出した場合は、如何に解すべきであろうか。契約関係は一応終了し、代人の差出しは、その損害賠償と見做すべきか。或いは又、新しい契約関係が発生したと見做すべきか。更に又、依然契約関係は存続しているものと解すべきか。何れなりや、今詳かになし得ない。

なお、奉公人が「長煩」にかかった場合、「乳汁不足」の場合は、上述の如く雇傭者の意思に基づいて雇傭契約の解除が行われた場合も存するが、又代人を差出して奉公契約を存続せしめる場合も存するが、被傭者の「長煩」・「乳汁不足」は解除の原因とはなるが、当然契約関係を終了せしめるものと解すべきではない。

「旧民法」は、第二百六十四条、並びに第二百七十三条で、被傭者死亡による契約終了の規定を設けている。

(265) 前掲「維新農村社会史論」所引「差上申御請状之事」によれば、「若途中に永煩又は病死仕候敷其外不埒不勤等有之御暇被下候節は早速代人差出……」とある。

(266) 註(265)参照。

(2) 雇傭者の死亡

雇傭者の死亡は、雇傭契約を当然終了せしむる原因となつたか。今これに答える何等の資料も見出せないが、原則として、被傭者が解除権を行使し得ない明治前期の雇傭契約では、徳川時代におけると同様、たとえ雇傭者が死亡するも、当然には契約関係は終了しなかつたのではなからうか。

「旧民法」は、雇傭者の個性の重要視される習業契約では勿論（財産取得編第二百七十三条）、一般の雇傭契約についても、「主人ノ一身ニ関スル雇傭ハ其死亡ノ為メ当然終了ス」（同上第二百六十二条後段）と規定している。

(3) 請人の死亡

最後に、請人の死亡は、契約終了の原因となつたか。請人の設置が契約存続の必須要件と解される限り、請人の死

亡は契約終了の当然の原因となろうが、請人の設置なき雇傭契約も又有効であつたため、請人の死亡も当然には契約関係を終了せしめるということなく、唯、特約ある場合にのみ、これが解除の原因となつたであらう。

四 その他原因

(1) 身代限・家資分散・破産

家資分散・破産の宣告を受けた場合、或いは身代限の処分をうけた場合は、何れもそれがために被傭者たるの要件を失ふことなく、又、私法上の権利まで剝奪されることもなく、従つて、雇傭者たるの資格を失うものでもなかつた故、かかる宣告、或いは処分により、雇傭契約が当然終了したとは解されない。⁽²⁶⁷⁾しかし、明治五年六月二十三日の「華士族平民身代限規則」は、「一 本人職業ヲ為スニ必要ナル諸物品但營業ヲ人ニ教ヘ又ハ農工商等ノ職業ニ必要ナル書類及諸器械品物等金額五十兩ニ至ル迄最モ本人ノ扱ム所ニ任ス可シ」と規定している故、諸業習熟を主たる目的とした弟子奉公契約ではまだしも、給金獲得を目的とした平常奉公契約では、雇傭者が身代限の処分をうけた場合は、一般に契約を終了せしめる以外に途はなかつたであらう。

(267) 「家資分散法」(法律第六十九号) 第四・五条(法令全書 明治二十三年下巻二四頁)、「西島半右衛門対河村吉太郎登記取消請求権」(「裁判雑誌」(明治二十六年)八巻下九二頁所掲)、「商法」(法律第三十二号) 第三編破産千五十四条(「法令全書」明治二十三年下巻四月二十六日附録一七二頁)(但し、これは明治二十六年三月四日法律第九号「同上」明治二十六年三月二七頁)をもって施行、「華士族平民身代限規則」(明治五年六月二十三日太政官布告第百八十七号)(「法令全書」明治五年一二九頁)、及び前掲「全国民事慣例類集」二四九頁以下「財産拋棄」の項等参照。

(2) 徴兵

「旧民法」によれば、習業契約で、「師匠親方又ハ習業者ノ陸海軍ノ現役」(財産取得編第二百七十三條第二) 服務は、契約終了の当然の原因とされている。しかし、明治前期においては、明文は見られないが、阿部家の「家憲」⁽²⁶⁸⁾、平尾家の「營業規則」等より推察して、かかる原因により、契約は必ずしも当然には消滅しなかつたらしい。

尤も、当時の徒弟奉公では、雇傭年限は徴兵適令までとされることが一般であつたらしく、⁽²⁷⁰⁾従つて、実際にはそれ程問題は起らなかつたと思われる。

(268) 前掲「家憲正鑑」五三頁。

(269) 「同上」五四四頁。

(270) 「明治文化史」13「風俗編」(柳田國男編) 二二九頁。

(3) 処 刑

契約当事者が罪を犯し刑に処せられた場合、契約関係は当然消滅したか。「旧民法」には、習業契約につき、「師匠親方又ハ習業者ノ重罪又ハ三ヶ月ヲ超ユル禁錮ノ処刑」(財産取得編第二百七十三條第三)は当然の終了原因とし、それ以下の刑に処せられた場合は、前述の如く、解除の原因となしてゐる。

明治前期には、「旧民法」の如き明文は見られない。しかし、被傭者が相当長期間の徒・懲役・禁錮、或いは死刑に処せられた場合は、当然終了したと解して差支あるまい。尤も、唯單に重罪、又は三カ月以上の禁錮に処せられたからとて、直ちにそれが終了の原因となつたか否かは断言し得ない。

又、雇傭者が刑に処せられた場合も、「旧民法」の習業契約における如く、当然の終了原因となつたり、又は、被傭者に解除の権が与えられたりすることはなく、主家の意思に任せられたのではなからうか。

(II) 終了の手續

(A) 私法上の手續

雇傭契約は、上述の如き原因が発生する場合に終了し、雇傭者・被傭者間の雇傭関係は消滅するが、その場合「雇人引取請狀」(「雇人引取之請証」)の作成交付が行われたらしい。今、その一例を挙げれば、「雇人引取之請証 何府県管下何大区何小区国郡村町住又者子弟厄介 何之誰 何之何歳 右者拙者請人ニ相立貴殿へ雇稼ニ差出置候処今度

暇之期ニ充テ本人並ニ所持之品御渡被下正ニ引受候處実正也就而者向後本人儀ニ付如何様之事故出来候共拙者引受貴殿へ聊御迷惑相懸ケ申間敷候仍而一札如件 年号月日 受人何誰印 本人何誰印 何之某殿⁽⁷¹⁾。この請状の内容を觀察するに、勿論それは契約終了証書たるものであるが、更に一面、請人(受人)(引取人)による契約終了後の保証証書たる性質を有していた。

然らば、この「雇人引取請状」の作成交付は、契約終了の必須要件であつたか。今、何れとも断定を下す資料は見当らない。しかし、奉公人請状が、契約成立の必須要件でなかつたと同様、又、これを缺く場合も、契約終了には何等の支障をも来さなかつたのではなからうか。

(71) 註(63)所引「開化文章自在」所掲。

(B) 公法上の手続

雇傭契約終了の場合、上述の如き私法上の手続以外に、なお公法上の手続を必要とした場合が存した。

このことについては、既に契約成立に関する公法上の形式的要件を考察した場合、引用した諸法令によつて充分窺知し得るが、要するに、宮華族士族元門跡比丘尼御所の諸寺院等特権階級に対しては、明治九年九月十一日迄は管轄庁の許可を受けて始めて終了し得たが、それ以後は、唯、雇傭者・被傭者各自が管轄庁へ届け出れば足り、別に許可は必要ではなくなつた。

次に、一般平民間の雇傭については、維新当初他處稼の者につき、町村役人へその旨を届ける必要があつたが、その他の者に関しては、「僕婢税則」が効力を有した時期以外は、原則として官に届け出る必要はなかつた。

(72) 例えば、前掲京都府「戸籍仕法」附属の「他所人來住奉公人雇入仕法」には、「一 同断(「他所ヨリ年限リ奉公トシテ罷越候モノ」)「掃リノ節モ前以主人ヨリ同断(寫ト取札シ町年寄迄可届出」)「下略」とある。

(Ⅲ) 終了の效果

契約終了に伴ない、雇傭者、並びに被傭者が負担しなければならない義務は、これを又債權法上の義務と、身分法上の義務に區別することが出来る。

(A) 債權法上の義務

(甲) 被傭者の義務

一 給金返還義務

雇傭契約解除により、被傭者は雇傭者より受領した金銭の返還義務を、一般的に負ったか。即ち、特約なき場合にも、なお、それが返還が当然行われたか。詳らかならざるも、註明所引の「大全諸証文例」・「増補普通案文」・「官民必携書式文例大全」所収の「雇人請状」等が、何れも「期限内御暇被下候敷或者子細有之当人より暇申受候節者御給金差引但し雇入の節適宜に約定す当人引取可申候」という如き文言を掲げ、被傭者が解除權を行使した場合にも、なお、受領金銭の全額返還の必要なきことを契約しているところより推察すれば、明治前期においては、特約なき限り、被傭者に全額支払の義務は存しなかつたらしい。

ところで、若しかかる推測が正しいとすれば、明治前期の雇傭契約では、契約解除は徳川時代における如く、原則として週及的効力を有していたとは解されない。唯、「若御氣三不入暇被下候ハ、右給金不残致返却可申候」といった如き文言が、契約証書に特に掲げられている場合にのみ、週及的効力を有したのである。

かくして、明治前期の雇傭契約は、徳川時代のそれに比する場合、一層債權法的なものになったと共に、それは又、継続的債權契約の特質を次第に具有し始めたと解される。

なお、弟子奉公契約では、前述の如く、給金の交付が行われるのは例外的であり、従つて、契約解除の場合は、被傭者は飯料返還の義務を契約により負つた場合が存する。

「旧民法」によれば、雇傭契約につき、被傭者の死亡に際し、給料、又は賃銀の取越過額が存する場合は、被傭者の相続人にそれが返還の義務あることを規定している（財産取得編第二百六十四条）。その他、同法には、「雇傭の終了セシムル正当ノ原因カ主人ヨリ出テ且地方ノ慣習ニ従ヒ新契約ヲ為スニ困難ナル季節ニ生シタルトキハ裁判所ハ事情ニ従ヒテ定ムル償金ヲ雇傭人ニ付与セシムルコトヲ得」（同上第二百六十三条）という規定が見られ、被傭者の保護がはかられている。

習業契約についても、契約解除の場合の損害賠償責任は、習業者と親方、或いは師匠間に何等の軽重も存しない（同上第二百七十四条、第二百七十三条）。

(73) 註17所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所掲「奉公人請狀」・「年季奉公人請人」、註(63)所引「開化文章自在」所掲「奉公人請狀」等参照。

(74) 前掲「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」四二二頁以下。

二 礼奉公義務

被傭者は契約終了後も、なお引き続き主家に對し奉公を継続する場合が存した。これ、所謂「御礼奉公」・「礼奉公」・「恩返し奉公」というものであり、前時代程厳密に行われなくなりつつあったとは云え、⁽⁷⁵⁾未だ明治前期では依然一般的に行われた。⁽⁷⁶⁾

若し、礼奉公をなすべきことを契約証書で取極めた以上、被傭者には⁽⁷⁷⁾飽迄これを履行する義務が存し、若し、これを履行しない場合は契約違反となり、雇傭者に裁判上の訴権を発生せしめた。⁽⁷⁸⁾

しかし、この礼奉公は原則としては前時代と同様、被傭者の報恩的意思によって行われるものであり、契約によって取極められることは稀であつたらしい。報恩的意思による礼奉公は、雇傭者の意思に基づく契約の継続とは、自らの性質を異にしたのは勿論であり、故に、それは一般に給金を受取らないことを原則とし、唯、例外的にのみ、相

当な報酬を雇傭者より受領した。⁽²⁷⁶⁾

礼奉公の期間は、半年又は一年位のことであつたが、大體三カ年を普通としたらしい。⁽²⁷⁸⁾

(275) 前掲「明治文化史」13「風俗編」一二九頁参照。

(276) 前掲「訴答文例」によれば、「職業伝習ノ弟子職業練熟ノ後ハ礼奉公ノ年期ヲ約シテ年期未滿内ニ其家ヲ出テ廻ラサル者ヲ取戻サントスル訴状モ亦本条ニ照ス可シ」とある。なお、前掲「開化文章大成」下五六頁所引「奉公人請狀」、同「丁稚制度の研究」四八・五〇頁、高島監泉「黑白染分細」(明治十八年発表)、「明治文化全集」第一三巻所収「一二三頁等参照。

(277) 前註所掲「訴答文例」参照。

(278) 例えば、「吳服商旧記」によれば、「……尙一年乃至三箇年は御礼奉公と称し……一年十五兩多くて三五十兩の給金を受け……」(前掲「丁稚制度の研究」四八頁)とある。

(279) 前掲「明治文化史」13「風俗編」一二九頁。

(280) 註(276)所掲「黑白染分細」、及び前掲「丁稚制度の研究」。

三 同業禁止義務

これは、徳川時代に「家業構」と称せられたもので、雇傭者の許で習得した商工上の技術をもって、契約終了後被傭者に独立して営業をなすことを禁ずるものである。⁽²⁸¹⁾

かかる義務が、契約に基いて被傭者に負わされた理由としては、「或は仲間の規約により同業を禁ずるよりして或は営業の独占的性質よりして或は家伝若くは資本関係よりして主家の営業を分ち難き」⁽²⁸²⁾こと等を挙げ得るであろう。

なお、この義務が、弟子奉公契約に限られたものであったことは勿論である。

(281) 註(63)所引「瓦職弟子奉公人請狀」、註(17)所引「諸証文ノ雛形ヲ定ムル件」所収「年季奉公人請狀之事」、及び前掲「丁稚制度の研究」二三・四頁等参照。

(282) 前註所掲「丁稚制度の研究」参照。

四 他の同業者に雇われざる義務

これは、徳川時代に「奉公構」なる名称をもつて、弟子奉公契約における被備者に課せられた義務であり、明治前期にも契約に基づいてではあるが、かかる義務を負った場合の存したことは、既に被備能力を考察する場合に指摘した通りである。

ところで、若しこの義務に違反し、他に雇われた場合は、被備者は如何なる制裁を受けたか。前掲「瓦職弟子奉公人請状」⁽²⁸³⁾によれば、「万一外方江勝手ニ相働ニ米リ申候ハ、何時ニ而も其元殿へ勝手ニ引戻し被成下候而も不苦候」とあり、再度雇備者方に引き取られ、雇備者の許で奉公しなければならぬことになっている。

(283) 註(63)所掲。

(乙) 雇備者の義務

以上掲げた四つのものは、何れも雇備契約終了に伴なって、被備者が負担する典型的な債権法上の義務であった。然らば、雇備者はこれ等に対し如何なる義務を負ったか。

雇備者は、被備者に積立金・貯金等ある場合にこれを返還せねばならず、又、被備者の所持品を返すことが要求されたが、⁽²⁸⁴⁾かかる当然の義務以外には、別に契約終了に伴って、被備者に見られた如き重大な義務を負うことはなかった。

(284) 例えば、前掲「家憲正鑑」五三一頁所掲阿部家「家憲」第四条等参照。

(285) 註(17)所引「大全諸証文例」所収「雇人引取請状」、及び本文九八・九頁所掲「雇人引取之請証」等参照。

(B) 身分法上の義務

(甲) 被備者の義務

一 故主関係

金田博士は徳川時代の奉公契約につき、契約終了後においても、なお雇傭者・被傭者間には「故主関係」とでも称すべき関係が存在したことを指摘されている。明治前期にも、封建法上の主従的な身分関係が残存した時代、即ち「新律綱領」頒布迄は、中央・地方（諸藩）の刑法典を問わず、かかる関係が残存したことが、法律の上より窺い得る。先ず、中央の刑法典として効力を有した「公事方御定書」によれば、「古主ヲ殺候者晒之上様」とあり、「主人ニ為手負候者」と同一の刑が科せられていたが、明治二年七月八日東京府は、この御定書の規定が「御仮律」〔仮刑律〕の仮定せられた後にも、なお有効なものなりや否やを刑法官に問い合せている。⁽²⁸⁵⁾刑法官はこれに答えて、「主人ニ為手負候者及ヒ古主ヲ殺ス者ハ鼻首其余ハ新律頒布迄伺之通り但シ晒引廻シ鋸引ハ廃止候事」と指令し、古主を殺す者に対し、依然として鼻首の如き極刑をもって臨むべきであると命じている。

又、地方刑法典としては、金沢藩の「刑律釐正」に「先主人を殺する者」を刑法官の指令同様、「鼻首」に処する規定が見られる。⁽²⁸⁶⁾

しかし、「新律綱領」頒布後はかかる古主関係存在の基礎は、最早や刑法典上では見出し得ない。従って、この古主関係は、雇傭契約における身分関係が、封建法上の主従的なものを中心である場合にのみ要請せられ、身分法関係の内容が家族的なものに変化した後には、最早や存在しなかったと推断して差支ない。

(286) 前掲「法規分類大全」一一七頁。

(287) 同上。

(288) これは明治三年の制定らしい（前掲「明治法制叢考」二七六頁）。

(289) 同上二二二頁。

二 礼奉公義務

礼奉公義務が、契約に基づかず被傭者の報恩的意思によって行われる場合の存したことは、既に指摘した通りである。ところで、かかる場合、それは全く契約終了後における被傭者の臣従、或いは家族としての地位に基づく忠誠義

務、或いは忠実義務の具體的な発露と解されるであろう。

(乙) 雇傭者の義務

契約終了に伴ない、雇傭者は次の如きことを、被傭者のために行うのが一般慣習であつた。(イ) 仲間差加 (ロ) 家

号の分与(暖簾分け)

(ハ) 親類並取扱

(ニ) 資本の附与等。⁽²³⁰⁾

ところで、これ等は何れも雇傭者が被傭者に対して負担した恩恵、或いは保護の義務の具體的発露であり、それは契約当事者間における身分法的關係を基礎付けると共に、契約終了後において、なお、彼等両当事者間に特別な身分的結合關係が残存していたことを証するものであらう。

しかし、勿論かかる雇傭者の恩恵的・保護的行為は、主として弟子奉公契約に限られたものであり、ここに、平常奉公契約に比し、弟子奉公契約が一層身分法的色彩を有していたことが窺われる。⁽²³¹⁾

(230) 前掲「丁稚制度の研究」六二―八頁、同「商事慣例類集」五六五頁以下、同「商業慣例調」二〇〇―二頁所掲九「雇人に分家号の事」十「家号を分与したる者の資本の事」、並びに「家憲正鑑」所掲各家の「家憲」・「店則」等参照。

(231) 尤も、雇傭者のかかる義務も、被傭者の「礼奉公」義務等が次第に行われなくなり、両者の身分的關係が前時代と比べ弱いものとなるにつれて漸次薄れてきた。特に、明治十八年試験的ではあったが、京都に二・三の豪商の資本により職人周旋を業とする職人社会なるものが設置されたこと等は、この間の事情を端的に物語るものであらう(前掲「明治文化史」13「風俗編」一二九・三頁参照)。

七　　む　　す　　び

甚だ不完全ながらも、以上をもつて、明治前期における継続的普通勞務供給に関する考察を、一応終了することにする。

今、改めて結論を述べる必要はないと思うが、多少煩雑になつた本文を要約する意味で、本論冒頭に掲げた二個

の問題を中心に、若干の蛇足を附加し、もって結論に代えることにする。

明治前期の雇傭契約は、徳川時代の奉公契約と同様、身分法的分子を包含した非典型的債権契約であった。即ち、それが勞務は未だ身分と切り離された一の抽象的觀念とはならず、常に身分的拘束の下に提供されることを原則とした。

ところで、かかる身分法的分子は、Gierke が雇傭一般に関して指摘する如く、明治前期における法律進展と共に、それが内容を展開発展せしめたのである。詳説すれば、徳川時代にも勿論、家族法的な身分関係の分子が全く見られなかったわけではないが、それは所謂封建制の優位によって全く蔽われ、専ら、封建法上の主従契約におけるが如き身分関係を伴った雇傭形態が顕著に見られた。ところが、明治期に入り、「仮刑律」の制定により、漸くその封建法上の主従契約に基づく身分関係が薄弱となり、これに代り、家族法的身分関係を多少浮び上がらせ、「新律綱領」の頒布に至り、前者の完全なる消滅により、後者のみが顕著に表面に出てきた。しかして、かかる変転は、形式的な面では、雇傭者・被傭者の称呼が主人・奉公人より、家長・雇人に變化したことにより、又、実質的な面では、雇傭者に関する私的刑罰権の否定、被傭者に関する民事上の訴権の発生、刑罰加重の緩和、並びに古主関係の消滅等により窺い得る。ところで、かかる論証は専ら刑事法規に依拠してなされたものであり、雇傭契約そのものに関しては多くの直接的法規（私法法規）が見られず、専ら慣習に任されていた故、「新律綱領」頒布以後においても、勿論なお多少の封建的分子を残存せしめていたことは争う余地がない。

家族法的身分関係は、「改定律例」においても左したる變化はなく、「旧刑法」施行迄刑法典によってそれが根柢を与えられていたが、明治十五年一月「旧刑法」が施行され、被傭者に刑事上の訴権が附与され刑罰の加重減免に関する規定が抹消されるに及び、それが身分関係存在の基礎を放棄し、雇傭契約をして、著しく典型的債権契約に發展せしめることに貢献した。しかし、「治罪法」・「代言人規則」・「民事訴訟法」・「刑事訴訟法」等数個の法令には、

なおこれが残存を示す規定が見られ、明治二十三年の「旧民法」でも、未だ全く拭払し得ず、明治前期全般を通じて家族法的身分関係は、或文法上においてさえ依然残存していたと断言せざるを得ない。

かくして、明治前期における雇傭契約に随伴した身分関係は、主従的なものの消滅により、漸次家族法的なものを顯著に露呈し始めたが、この様な身分関係の内容の変転は、当然雇傭契約における身分的分子の濃淡に影響を与え、徳川中期頃よりそれが分子を次第に失いつつあった雇傭契約は、明治前期において、それが家族法的なもののみを残存せしめるに伴ない、一層身分的分子を失い、更に、それは刑法典上における基礎を消失することにより、益々典型的な債権契約へと純化されて行つた。

ところで、かかる身分的分子の喪失は、雇傭契約において、徳川時代以来行われていた継続的勞務供給契約と非継続的勞務供給契約の区別を無意味なものたらしめたのみならず、前者中における、平常奉公契約と弟子奉公契約の區別さえ不必要なものとし、雇傭期間の長短・それが勞務の種類に拘らず、總ての雇傭を包括的に取扱わんとする傾向に向つたのである。しかし、勿論明治前期においては、未だこれが区別の意義は充分存し、弟子奉公契約と平常奉公契約の間においてさえ、可成りの差異が存したことは次の通りである。即ち、前者では、それが反対給付なる特殊技術教授の義務が、依然として訴権を伴わない自然債務の體様においてしか存しなかつたと解されるに對し、後者の金銭債務は、既に完全債務たる性質を有し、なお、契約終了後の身分的關係残存の有無等は、両者に附加された身分的分子に明白な濃淡を与え、兩者差別の意義あることを、充分実証しているのである。

次に、明治初期の雇傭法例は、又前時代と同様多くの公法法規をもつて組織されていた。即ち、契約締結の場合における管轄庁の許可、被傭能力取得のための稼切手・寺請狀の所持、契約成立或いは終了時における管轄庁への届出、雇傭者・被傭者たる地位に基づく刑の減免加重、並びに訴権の拒否の規定、更に、証人・代言人たり得ない規定等々。

然らば、元来私法上の契約なるべき雇傭契約に、かく公法法規が多数附加されたのは、如何なる理由によったか。大体、次の三つのものが考えられる。(一) 保安警察上の見地に基づく人民取締の必要 (二) 封建的階級制度の残存

(三) 雇傭契約における身分的分子の存在。そしてこれ等は明らかに、現行雇傭法において、被傭者保護の見地に基づき、多数くの公法法規が附加されているのとは甚だ趣を異にするものであった。

ところで、かかる公法法規の附加は、自ら明治初期の雇傭契約をして、原則的に契約自由の原則の支配するところたらしめず、雇傭法制に後見法的色彩を附加せしめることになった。しかし、大體明治四・五年頃を期として行われた警察組織の整備充実、戸籍法の制定、中央集権国家の成立等は、第一の原因により附加された公法法規を、四民平等に基づく身分法上の差別撤廃のため明治十年前後より行われた特別法の廢除は、第二の原因により附加された公法法規を必要なものたらしめ、これ等兩者は、相俟つて雇傭契約をして私法自治の方向に向わしめ、更に丁稚制度の崩壊、それに伴う通勤給料制の採用、近代西欧法制の輸入による近代法制の編纂・整備、封建制の打破による人權の尊重、近代資本主義經濟の誕生に伴う商業組織の变革等は、大體「旧刑法」施行の頃より雇傭者・被傭者を結合せしめていた封建的家族的身分關係を崩壊せしめ、従つて、これが維持に貢獻していた公法法規をも必要なものたらしめ、雇傭契約をして私法上の法律關係たらしめんとする傾向にあつたのである。

かくして、明治前期の雇傭法制は前時代より踏襲された警察法的・特別法的・身分法的公法法規を次第に消滅せしめ、雇傭契約をして契約自由の原則の支配するところたらしめると同時に、典型的な私法上の依傭契約へ純化せしめ、それはこの時代において略完成されたと稱し得るのである。

なお、かかる公法法規消滅の傾向を導いた諸条件は、又契約成立に際し、慣習的或いは任意法規をもってではあるが要求せられていた私法上の諸要件を、次第に廢れさせ、雇傭契約をして諾成・不要式の契約たらしめんとしつつあつたが、これは明治前期においては、未だ總てが一般的に完成されたとは言えない。

以上要するに、明治前期の雇傭は、我が国雇傭法制史上、古代的雇傭より近代的雇傭へ移行行く最後の様相を呈していたと云うことが出来る。

(附記)

本稿は、かつて社会経済史学会九州部会で報告した原稿に、若干手を加えたものである。なお、本稿については、「明治前半期に於ける雇傭法の研究」なる表題の下に、文部科学研究助成金の交付をうけたことがある。